Die Leistung an Erfüllungsstatt im römischen und heutigen Recht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität

zu Marburg

vorgelegt von

Werner Teichmann.
Gerichtsreferendar in München.

Marburg 1930.
Graph. Kunstanstalt A. Huber, München, Neuturmstraße 2 a.

Die Leistung an Erfüllungsstatt im römischen und heutigen Recht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität

zu Marburg

vorgelegt von

Werner Teichmann.
Gerichtsreferendar in München.

Marburg 1930.

Graph. Kunstanstalt A. Huber, München, Neuturmstraße 2 a.

Als Dissertation von der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 23. Mai 1930.

Berichterstatter: Geheimer Justizrat Professor Dr. Franz Leonhard.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Dem Andenken
meines lieben Vaters.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547922_0026

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung:

§ 1. Die Leistung an Erfüllungsstatt, ein Schuldtilgungsgrund. . . . 9

I. Abschnitt:

Geschichtliche Darstellung der Leistung an Erfüllungsstatt.

A. Römisches Recht.

§ 2. 1. Die solutio — die datio in solutum. 13

§ 3. 2. Der Schulenstreit über die Tilgungswirkung der datio in solutum. 15

§ 4. 3. Die Regelung der Eviktionshaftung im justinianischen Recht. 16

§ 5. 4. Der innere Zusammenhang zwischem dem Schulenstreit und der gegensätzlichen Regelung der Eviktionshaftung. . 21

§ 6. B. Die Glosse und ihre Anhänger. 24

§ 7. C. Gemeines Recht. 26

§ 8. D. Geltendes Recht. 30

II. Abschnitt:

§ 9. Die rechtliche Konstruktion der Leistung an Erfüllungsstatt. . 33

III. Abschnitt:

§ 10. Die Voraussetzungen der Leistung an Erfüllungsstatt. 38

IV. Abschnitt:

§ 11. Die Wirkungen der Leistung an Erfüllungsstatt. 41

Literatur.

Alexander, Datio in solutum und compensatio voluntaria. Diss. Leipzig 1908.

Arendt, Die Rechte des Gläubigers, welchem die an Erfüllungsstatt gegebene Sache evinziert worden ist. Diss. Kiel 1898.

Bechmann, System des Kaufs nach dem gemeinen Recht, II. Band, 1. Teil. Erlangen 1884.

Bekker, Zur Lehre von der Eviktionsleistung. Jahrb. d. gem. Rechts, Bd. 6, S. 229 ff., Leipzig 1863.

Belitz, Die Hingabe an Erfüllungsstatt nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Rostock 1906.

Berndorff, Die Annahme an Erfüllungsstatt. Diss. Berlin 1904.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten, II., 1. Abtlg.. 2. Aufl., Erlangen 1879.

Clausen, Ein Beitrag zur Erläuterung des § 364 Abs. 2 und des § 607 Abs. 2 BGB. Diss. Erlangen 1908.

Cohn, Die Zahlungsgeschäfte. Endemanns Handbuch des dt. Handels-, See- und Wechselrechts. 3. Bd., S. 998 ff., Leipzig 1885.

Cramer, Paul, Der Abänderungsvertrag. Diss. Münster 1919.

Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Tübingen und Leipzig 1902.

Dernburg, Pandekten. Bd. 2, 7. Aufl. Berlin 1903.

Ders., Das Pfandrecht nach den Gründzügen des heutigen römischen Rechts. Bd. II, Leipzig 1864.

Ders., Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Bd. II, 4. Aufl., Halle 1909.

Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1903.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I, 9. Aufl., Berlin 1903.

Engelmann, Das neue bürgerliche Recht Deutschlands. 3. Aufl., Breslau 1903.

Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I, 2. Abt., 28.—30. Aufl., Marburg 1928.

Epstein, Die Leistung an Erfüllungsstatt nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Halle 1913.

Fehr, Über Hingabe an Erfüllungsstatt. Diss. Leipzig 1902.

Greifelt, Die Leistung an Erfüllungsstatt nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Halle 1923.

Ernst, Die Folgen mangelhafter Beschaffenheit der Leistung an Zahlungsstatt. Diss. Straßburg 1890.

von Ihering, Der Zweck im Recht. Bd. I, 3. Aufl., 1893.

Karlowa, Römische Rechtsgeschichte. 2. Bd., Leipzig 1901.

Klein, Vertragliche Änderung des Inhaltes eines Schuldverhältnisses. Wien 1907.

Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Bd., 1. Tl., Berlin 1906.

van Koolwyk, Hingabe an Erfüllungsstatt nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Leipzig 1902.

Kretschmar, Die Erfüllung. Leipzig 1906.

Krüsmann, Die juristische Natur der Hingabe an Erfüllungsstatt. Diss. Heidelberg 1906.

Leonhard, Fr., Allgemeines Schuldrecht des BGB. (Bindings Handb. der deutsch. Rechtswiss. X, 2, 1). Leipzig 1929.

Melcher, Gegensatz des Rechtscharakters der Leistung an Erfüllungsstatt und Erfüllungshalber. Diss. Leipzig 1903.

Oertmann, Kommentar zum BGB. II. Buch: Recht d. Schuldverh. 1. Abtlg. 5. Aufl. Berlin 1928.

Oertmann, Entgeltliche Geschäfte. München 1912.

Planck, Kommentar zum BGB. Bd. II: Recht d. Schuldverh. 4. Aufl., Berlin 1914.

Quander, Leistung an Erfüllungsstatt. Diss. Rostock 1903.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. II Bd.: Recht d. Schuldverh. Allgemeine Bestimmungen. Berlin 1903.

Römer, Die Leistung an Zahlungsstatt nach dem römischen und gemeinen Recht. Tübingen 1866.

Rubo, Über die Angabe an Zahlungsstatt nach Allgem. Landrecht in: v. Kamptz's Jahrbüchern f. d. preuß. Gesetzgebung, Bd. 22.

Schliemann, Die Haftung des Zedenten. Rostock 1848.

Schollmeyer, Kommentar zum BGB. Recht der Schuldverhältnisse. Erste Hälfte. München 1900.

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.

v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch und zu dem Einführungsgesetz. II. Bd.: Recht der Schuldverhältnisse. 1. u. 2. Teil, 7./8. Aufl. München-Berlin 1912.

Steiner, Datio in solotum. München 1914.

Windscheid-Kipp, Lehrb. d. Pandektenrechts unter vergleichender Darstellung des deutschen Bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.

Einleitung.

Die Leistung an Erfüllungsstatt, ein Schuldtilgungsgrund.

§ 1.

Es liegt in der Natur des Schuldverhältnisses, nur von vorübergehender Dauer zu sein, denn das Ziel jeder obligatorischen Verpflichtung ist, das bis dahin leere Wort des Versprechens — den bloßen Gedanken der demnächstigen Leistung — in die Wirklichkeit umgesetzt zu sehen. Jedes Schuldverhältnis trägt begrifflich die Bestimmung in sich, „erfüllt" zu werden[1]); hierin erschöpft sich zugleich seine Aufgabe, und durch die Erfüllung erlischt es. Die natürliche Strenge und Gebundenheit einer obligatorischen Verpflichtung gestattet die Erfüllung nur durch Bewirkung einer dem Schuldinhalte entsprechenden Leistung: tollitur obligatio praecipue solutione eius, quod debetur[2]). Diesen Grundsatz hat auch das Bürgerliche Gesetzbuch an die Spitze des mit „Erfüllung der Schuldverhältnisse" überschriebenen Abschnittes gestellt:

> „Das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird." (§ 362 BGB).

Nicht selten ist es aber der Fall, daß eine andere als die geschuldete Leistung zum Zwecke der Schuldtilgung erfolgt, sei es, daß dem Schuldner die Bewirkung der geschuldeten Leistung aus irgendwelchen Gründen Schwierigkeiten macht, sei es, daß der Gläubiger nunmehr größeres Interesse für diese andere Leistung zeigt, welche der Schuldner gerade zur Hand hat. Aber die bloße Leistung dieses anderen Gegenstandes von seiten des Schuldners hebt die ursprüngliche Schuld noch nicht auf, vielmehr muß der Gläubiger diese andere Leistung als Erfüllung angenommen und somit sein Einverständnis hierzu erklärt haben. Erst diese Zustimmung zu der dem ursprünglichen Inhalt nicht entsprechenden — „anderen" — Leistung des Schuldners verleiht der tatsächlichen Hingabe schuldtilgende Kraft. Keineswegs besteht irgendeine rechtliche Verpflichtung des Gläubigers, eine andere als die geschuldete Leistung an-

[1]) Kretschmar, „Die Erfüllung", S. 1, Anm. 2, Ihering, „Zweck im Recht" I, S. 265.

[2]) Gajus III, 168.

zunehmen[1]); stets kann er seinen Anspruch gerichtlich geltend machen, wenn der Schuldner zur geschuldeten Leistung nicht bereit ist. Die Gründe, welche den Gläubiger aber veranlassen, die andere Leistung als Erfüllung gelten zu lassen, mögen ganz verschieden sein. Einmal mag der Gläubiger der anderen, ihm zum Zwecke der Schuldtilgung angebotenen Sache einen größeren wirtschaftlichen Wert beimessen, ein anderesmal nimmt er lieber mit einer auch nur annähernd gleichwertigen Leistung vorlieb, als später im Klagewege eine wahrscheinlich weit unzulänglichere Befriedignng zu erhalten. Kommt es dem Gläubiger auf einen wirtschaftlichen Erfolg an, was meistens der Fall sein wird, so wird er auch bei der Leistung eines anderen, aber wirtschaftlich äquivalenten Gegenstandes nicht zögern, diese Leistung anzunehmen, wodurch die zwischen ihm und dem Schuldner bestehende schuldrechtliche Beziehung als „erledigt" gilt. Dieser aus dem täglichen Leben erwachsene Vorgang der Schuldtilgung durch die mit Zustimmung des Gläubigers erfolgte Leistung einer anderen als der geschuldeten Sache ist Gegenstand der gesetzlichen Bestimmung des § 364 Abs. 1 BGB:

> „Das Schuldverhältnis erlischt, wenn der Gläubiger eine andere als die geschuldete Leistung an Erfüllungsstatt annimmt."

Dieser Schuldtilgungsvorgang wird im Anschluß an die Fassung des Gesetzes als „Annahme an Erfüllungsstatt"[2]) bezeichnet. Dadurch wird die Person des annehmenden Gläubigers in besonderem Maße hervorgehoben. Zwar steht es in dessen freiem Belieben, ob er diese angebotene Leistung als Erfüllung gelten lassen oder ob er auf Erfüllung durch die geschuldete Leistung bestehen will. Der Wille des Gläubigers ist aber nicht allein bestimmend, denn der Gläubiger kann eine andere als die geschuldete Leistung nicht verlangen; insoweit hängt es ganz vom Schuldner ab, ob dieser überhaupt zu einer anderen Leistung bereit ist oder ob er nur die geschuldete Leistung bewirken will. Die ebenfalls gebräuchliche Wendung „Hingabe an Erfüllungsstatt"[3]) läßt sich auf die Ausdrucksweise des § 365 BGB[4]) stützen. Durch das Wort „Hingabe" wird aber nur die Tätigkeit des Schuldners erfaßt, während die zur Schuldtilgung erforderliche Zustimmung des Gläubigers (Annahme) außer acht bleibt.

Weitaus geeigneter erscheint daher die Bezeichnung „Leistung an Erfüllungsstatt", denn „Leistung" ist ein Begriff, der sowohl die „Hingabe" und „Annahme" von Sachen in sich schließt; auch umfaßt „Leistung" die Abtretung einer Forderung oder das Verschaffen eines Rechts, zwei Vorgänge, die bei den Begriffen „Hingabe" oder „Annahme" unberücksichtigt bleiben. Das Wort „Leistung"

[1]) Eine Ausnahme bildete im gemeinen Recht das sogen. beneficium dationis in solutum (Nov. 4 cap. 3), das den Gläubiger sogar verpflichtete, in bestimmten Fällen eine andere als die geschuldete Leistung anzunehmen, siehe unten S. 39

[2]) Staudinger, Komm. § 364 Anm. 1.

[3]) Planck, Komm. § 364 Anm. 1.

[4]) „Wird eine Sache . . . an Erfüllungsstatt gegeben, . . ."

dient nämlich nicht nur zur Bezeichnung des obligationsgemäßen Verhaltens des Schuldners (§ 242 BGB), sondern es findet auch dort Anwendung, wo es sich um den Gegenstand der Schuld, um das zu Leistende, bezw. um das Geleistete selbst handelt[1])[2]). Daß bei „Leistung an Erfüllungsstatt" das Wort „Leistung" in diesem zweiten Sinne aufgefaßt werden soll, bedarf wohl keiner weiteren Ausführung.

Wendungen wie „Hingabe an Zahlungsstatt"[3]), „Angabe an Zahlungsstatt"[4]), „Annahme an Zahlungsstatt"[5]) oder „Leistung an Zahlungsstatt" sind heute weniger gebräuchlich; kann man doch von einem „Zahlen" in streng juristischem Sinne nur bei Erfüllung einer auf Geld gerichteten Verbindlichkeit sprechen[6])[7]).

Die „Leistung an Erfüllungsstatt", die im Einverständnis mit dem Gläubiger zum Zwecke der Schuldtilgung bewirkte Leistung eines anderen als des ursprünglich geschuldeten Gegenstandes, ist deshalb zum Gegenstand dieser Untersuchungen gemacht worden, weil die bisher herrschende Lehre keine genügende Erklärung dafür gibt, warum gerade diese, dem Schuldinhalt nicht entsprechende Leistung zur Tilgung des ursprünglichen Schuldverhältnisses führt. Die Zustimmung des Gläubigers kannte man zwar allgemein als notwendige Voraussetzung dieses Tilgungsvorganges an, man unterließ es aber, diesen rechtsgeschäftlichen Teil des Erfüllungsaktes rechtlich zu charakterisieren. Die bisherigen Untersuchungen schenkten ihre Aufmerksamkeit dem realen Teil der Leistung; sie sprachen dieser anderen Leistung eine schuldtilgende Wirkung zu, obwohl diese eine zur Tilgung führende wirkliche Erfüllung des ursprünglichen Schuldverhältnisses gar nicht darstellt. Zwar hatten schon die Prokulianer hier den richtigen Weg gewiesen. In der Erkenntnis, daß in der datio in solutum, die der Leistung an Erfüllungsstatt des heutigen Rechts entspricht, keine wirkliche Erfüllung der zugrundeliegenden Obligation liegt, sprachen sie der datio in solutum eine direkte Tilgungswirkung ab[8]). Zu einem solchen Ergebnis mußten sie gelangen, da der damalige Stand der Rechtswissenschaft ihnen keine Möglichkeit bot, diesen Vorgang als schuldtilgende Erfüllung aufzufassen. Diese Auffassung der Prokulianer wurde aber nicht genügend beachtet; man stellte die direkte Schuldtilgungswirkung der Leistung an Erfüllungsstatt als keines Beweises bedürftige Selbstverständlichkeit hin. Diese Abhandlung hatte sich nun zur Aufgabe gemacht, zu zeigen, daß wir heute — im Gegensatz zu den Pro-

[1]) z. B. §§ 362, 817 BGB; cf. Greifelt a.a.O. S.2.

[2]) Über die Doppelbedeutung des Wortes „Leistung" s. Staudinger, Komm. § 241 Anm. 4c.

[3]) Oertmann, Komm. § 364.

[4]) A. L. R. 4. Abschn. I. Teil 16. Titel.

[5]) Eck, Vorträge I, S. 341 ff.

[6]) cf. BGB §§ 244, 245.

[7]) Crome, § 182 (S. 232), Windscheid-Kipp, Pand. II § 342 Anm. 1. Endemann LB. I,2 § 141 Anm. 1, (S. 799.)

[8]) siehe unten S. 16.

kulianern — die Möglichkeit haben, die Leistung an Erfüllungsstatt als wirkliche Erfüllung aufzufassen, nämlich dann, wenn wir diesen Schuldtilgungsvorgang so erklären, daß durch die Zustimmungserklärung des Gläubigers zu der angebotenen „anderen" Leistung das alte Schuldverhältnis abgeändert wird und daß gleichzeitig diese abgeänderte Schuld durch inhaltentsprechende Erfüllung erlischt. Die Voraussetzungen (z. B. Formvorschriften) und Nebenwirkungen (z. B. Mängelansprüche, Pfandverhaftungen) dieses Schuldtilgungvorganges festzustellen, wird dann keine Schwierigkeiten bereiten, da diese sich aus der Lehre der Schuldabänderung ergeben.

I. Abschnitt.

Geschichtliche Darstellung der Leistung an Erfüllungsstatt.

A. Römisches Recht.

1. Die solutio — die datio in solutum.

§ 2.

I. In dem vom strengsten Formalismus beherrschten älteren römischen Recht tritt uns das Schuldverhältnis in seiner ursprünglichen Auffassung entgegen. Durch die obligatio (ligare = binden) ist der Schuldner dem Gläubiger zu strengster Gebundenheit überliefert. Die Tilgung einer solchen obligatorischen Bindung, z. B. der nexi obligatio, konnte nur durch einen ebensolchen Formalakt geschehen, durch welchen die obligatio zur Entstehung gekommen war; durch den sogen. contrarius actus mußte die Lösung des Schuldverhältnisses deutlich vor Augen geführt werden: nihil tam naturale est, quam eo genere quidquid dissolvere, quo coligatum est[1]). Deshalb genügte nicht die reale Leistung, durch welche der Gläubiger das erhielt, was er zu fordern hatte, um die Obligation zu tilgen; maßgebend für das Erlöschen der rechtlichen Gebundenheit war einzig und allein die förmliche Konstatierung: die nexi liberatio[2]). Die älteste Obligation stellte demnach ein reines Haftungsverhältnis dar; der eine solche Obligation tilgende Formalakt war nicht Schulderfüllung, sondern nur eine Befreiung der Haftung, eine Auflösung der Gebundenheit: „solutio" (solvere = lösen). Welcher Art die tatsächliche Leistung des Schuldners war, ist in dieser Zeit unwesentlich, da die solutio eine Enthaftung auf Grund der durch die Leistung des Schuldners erfolgten Befriedigung des Gläubigers darstellt. Meist wird der Schuldner dem Inhalte der Obligation entsprechend geleistet haben, aber es war auch ebenso möglich, daß ein Darlehensgläubiger, der durch die Leistung von Naturalien befriedigt worden war, daraufhin zur formalen nexi liberatio bereit war.

Also auch die Leistung eines anderen als des geschuldeten Gegenstandes in Verbindung mit der förmlichen

[1]) Dig. 50,17 l. 35; cf. auch Dig. 46,3 l. 80; 50,17 l. 100; l. 153.

[2]) Vergl. Gaj. Inst. III §§ 173 ff.

Konstatierung führt zur Tilgung der Obligation und wird somit von dem ursprünglichen Begriff der solutio mit umfaßt[1][2].

II. Der fortschrittlichen Entwicklung des römischen Rechts durch die nicht mehr an die strenge Form gebundenen Begriffe des ius gentium konnte auch die solutio in ihrer ursprünglichen Auffassung als der nur äußerlichen formellen Lösung des obligatorischen Bandes nicht standhalten. Neben dem Gesichtspunkt des Verhaftetseins gewinnt das Moment des Verpflichtetseins immer größere Bedeutung. Der Solutionsbegriff wird in Beziehung zum Inhalte der Obligation gebracht: die reale Leistung, das dem Obligationsinhalte entsprechende Verhalten erhält schuldtilgende Kraft: solvere dicimus eum, qui fecit, quod facere promisit[3]. Einer förmlichen Konstatierung bedarf es nicht mehr. Die tatsächliche Befriedigung des Gläubigers durch formlose Leistung des Schuldners bringt von nun an die Obligation zum Untergange (solutio in einem neuen, weiteren Sinn)[4]. Entspricht diese Leistung dem Inhalte der Obligation (solutio i. e. S.), so ist dies die natürlichste Tilgung der Obligation. Hat der Schuldner einen anderen als den geschuldeten Gegenstand zum Zwecke der Schuldtilgung im Einverständnis mit dem Gläubiger zu dessen Befriedigung geleistet, sprechen wir nun von der sog. datio in solutum, welche ebenfalls als solutio in weiterem Sinne die Obligation aufhebt[5].

Nunmehr ist die solutio i. e. S. Schulderfüllung durch Bewirkung der geschuldeten Leistung; daneben hat aber auch die datio in solutum, die Bewirkung einer anderen als der geschuldeten Leistung, schuldtilgende Kraft und macht diese zu einem selbständigen Schuldaufhebungsgrund[6][7].

III. Die Ausdrucksweise der Quellen für diesen neuen Schuldtilgungsvorgang ist verschiedenartig; gebräuchlich sind Wendungen wie „in solutum dare“[8] — der hieraus gebildete Ausdruck „in solutum datio“ ist den Quellen selbst fremd —, „in solutum tradere“[9], „pro suluto dare“[10], „aliud pro alio solvere“[11], „rem pro re solvere“[12]

[1]) Ebenso Alexander a.a.O. S.2. Steiner a.a.O. S. 46,77. a.A. Karlowa, Röm. R.Gesch. II S. 1380.

[2]) cf. Dig. 46,3 l. 54: solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoque modum factum; cf. auch Dig. 50,16 l. 47; 42,1, l. 4 § 7.

[3]) Dig. 50,16 l. 176.

[4]) Vergl. Dig. 50,16 l. 176; 46,3 l. 54; 42,1 l. 4, § 7.

[5]) Dig. 46,3 l. 52.

[6]) Inst. 3,29 pr.

[7]) Die entwicklungsgeschichtliche Darstellung der datio in solutum bei Alexander a.a.O. S. 7ff. ist wegen ihrer Umständlichkeit höchst unwahrscheinlich und entbehrt dazu auch jeglicher Begründung. (s. u. S. 16.)

[8]) Dig. 16,1 l. 5; 41,3 l. 4 § 17; 46,3 l. 45; l. 46 § 2; l. 60; Cod. 4,10, l. 6; 4,15 l. 5; 4,44 l. 9; 4,51 l. 4; 7,45 l. 8 § 1; 7,71 l. 4 § 1; 8,13 (14) l. 13; 8,19 (20) l. 1; 8,30 (31) l. 3; 8,42 (43) l. 10.

[9]) Cod. 4,35 l. 14; 7,35 l. 8 pr.

[10]) Dig. 13,17 l. 24 pr.; Cod. 8,44 (45) l. 4.

[11]) Dig. 12,1 l. 2 § 1; Inst. 3,29 (30) pr.; Gajus Inst. 3,168.

[12]) Dig. 13,5 l. 1 § 5; 23,3 l. 25; 46,3 l. 46 pr.; l. 46 § 1; 12,6 l. 26 § 4; l. 19 § 3.

u. a. m.; und entsprechend auf der Gläubigerseite „in solutum accipere (suscipere)[1]) und pro debito accipere“[2]).

Die datio in solutum ist die im Einverständnis mit dem Gläubiger bewirkte Leistung eines „aliud“ mit dem Endzweck der Schuldtilgung. Soweit herrscht Einigkeit in den verschiedenen Quellenstellen. Wenn es aber gilt, diesen Tilgungsvorgang mit seinen Wirkungen juristisch zu erklären, treffen wir, wie so oft im römischen Recht, auf eine gegensätzliche Auffassung der Prokulianer und Sabinianer.

2. Der Schulenstreit über die Tilgungswirkung der datio in solutum.

§ 3.

Solange die solutio noch in ihrem ursprünglichen Sinne Haftungsauflösung war, und solange auch eine andere als die geschuldete Leistung als solutio auf Grund der Befriedigung des Gläubigers die Tilgung der obligatorischen Bindung des Schuldners herbeiführte, bestand kein Anlaß, die direkte Schuldtilgungswirkung dieser anderen Leistung dann zu bezweifeln, denn auch in diesem Falle ging die obligatio nicht auf Grund der tatsächlichen Leistung, sondern auf Grund des formalen Liberationsaktes unter.

Als aber dann der Solutionsbegriff sich änderte und nur mehr die Erfüllung durch Bewirkung der geschuldeten Leistung umfaßte, und als die datio in solutum neben diese solutio i. e. S. als selbstständiger Schuldtilgungsgrund trat, wurden Bedenken laut, welche der Leistung eines anderen als des geschuldeten Gegenstandes die bis dahin zuerkannte direkte Schuldtilgungswirkung absprachen.

Die Quellen berichten hierüber:

Gajus III § 168:

tollitur autem obligatio praecipue solutione eius, quod debeatur. Unde quaeritur, si quis consentiente creditore aliud pro alio soluerit, utrum ipso iure liberetur, quod nostris praeceptoribus placuit, an ipso iure maneat obligatus, sed adversus petentem exceptione doli mali defendi debeat, quod diversae scholae auctoribus visum est.

Hiernach waren es die Sabinianer — nostri praeceptores —, welche die Auffassung vertraten, daß die Tilgungswirkung der datio in solutum ipso iure eintrete. Wenn man sich vergegenwärtigt, daß zunächst die Leistung eines aliud von dem ursprünglichen Begriff der solutio mitumfaßt wurde, muß man zugeben, daß es nahelag, nun die ipso iure-Wirkung der solutio eius quod debetur (solutio i. e. S.) auch für die bisher in gleichem Maße wirkende Leistung eines aliud (die nunmehrige datio in solutum) beizubehalten. Aus dem Festhalten am Althergebrachten mag die sabinianische Auffassung erwachsen sein; eine juristische Begründung ihrer Ansicht haben die Sabinianer aber nicht zu geben vermocht.

[1]) Dig. 42,4 l. 15; 44,4 l. 4 § 31; cod. 8,42(43), l. 16.

[2]) Cod. 4,35 l. 22 § 2.

Die Prokulianer dagegen — diversae scholae auctores — vertraten den Standpunkt, daß die Obligation durch die Leistung des aliud nicht untergegangen sei, da der Schuldinhalt trotz der erfolgten Ersatzleistung nicht „erfüllt" war; sie sahen in der Hingabe des anderen Gegenstandes nur ein pactum de non petendo und gaben dem Schuldner gegen den durch die Ersatzleistung befriedigten, aber dennoch auf Grund der noch bestehenden Obligation klagenden Gläubiger eine exceptio doli mali oder pacti. Nach Ansicht der Prokulianer trat also die Schuldtilgungswirkung der datio in solutum ope exceptionis ein.

Alexander[1]) gibt eine andere entwicklungsgeschichtliche Darstellung. Er geht davon aus, daß ursprünglich die Auffassung der Prokulianer bestanden habe. Erst die Sabinianer seien gegenüber der bisherigen Lehre zu dieser Erkenntnis (sc. der ipso jure-Wirkung) „vorgedrungen". Alexander hat für seine Auffassung irgendwelche Gründe nicht angeben können. Seine Darstellung erscheint schon deshalb sehr zweifelhaft, weil kaum anzunehmen ist, daß die Sabinianer mit einer neuen Lehre, für welche sie eine Begründung nicht geben konnten (s.o. S. 15), sich das Übergewicht gegenüber den Prokulianen hätten verschaffen können. Vielmehr ist es im Sinne der hier vertretenen Auffassung wahrscheinlicher, daß die Prokulianer sich mit der unbegründeten Meinung der Sabinianer nicht zufriedengegeben haben und eine Begründung suchten: Ihre hierbei aufgestellte neue Ansicht vermochte sich aber gegenüber der alten, „übernommenen" Auffassung der Sabinianer nicht durchzusetzen[2]).

Diesem Meinungsstreit der Schulen ist deshalb besondere Beachtung zu schenken, weil hier schon von den Prokulianern dargetan wurde, daß in der datio in solutum eine wirkliche Erfüllung der ursprünglichen Obligation, welche deren Untergang herbeigeführt hätte, nicht vorlag. Daß aber eine nur durch Einrede wirkende datio in solutum der heutigen Leistung an Erfüllungsstatt (§ 364 BGB) nicht entspricht, sei der Ordnung halber festgestellt.

In diesem Schulenstreit siegte nicht eine der beiden Ansichten auf Grund durchschlagender Begründung, sondern Justinian entschied sich für die sabinianische Auffassung[3]), obwohl man für sie auch jetzt noch keine Begründung geben konnte. Damit ist die Streitfrage zugunsten der ipso iure-Tilgungswirkung der datio in solutum entgültig entschieden. Die Bedenken, die der Auffassung der Prokulianer zugrunde lagen, fielen diesem Diktat zum Opfer, ohne daß man sie zu widerlegen vermocht hätte.

3. Die Regelung der Eviktionshaftung im justinianischen Recht.

§ 4.

a) Ulpian – Marcian.

Die diktatorische Bestätigung der sabinianischen Auffassung hatte den Schulenstreit über die Tilgungswirkung der datio in solutum

[1]) a.a.O. S. 10; cf. auch Römer, Lstg. a. Zahlgsst. S. 65.
[2]) cf. auch Karlowa, Röm. Rechtsgesch. II, 1.II,1 S. 1380.
[3]) Inst. 3,29 pr.

beendet. Im justinianischen Recht war die ipso iure-Tilgungswirkung allgemein anerkannt. Aber die datio in solutum wurde nochmals Gegenstand lebhafter Erörterungen, die zwar scheinbar auf einem völlig anderen Gebiet liegen, die aber, wie wir später sehen werden, mit dem bereits „entschiedenen" Schulenstreit aufs engste zusammenhängen.

Es wird nämlich in den Digesten mehrfach die Frage aufgeworfen, wie es zu halten sei, wenn der in solutum gegebene Gegenstand nachträglich von einem Dritten evinziert werde. Die hierzu gegebenen Entscheidungen lassen zwei verschiedene Auffassungen erkennen.

I. Die eine Ansicht stützt sich auf mehrere Aussprüche Ulpians:

In dig. 13,7 l. 24 pr. wird ausgeführt:

> Eleganter apud me quaesitum est, si impetrasset creditor a Caesare, ut pignus possideret idque evictum esset, an habeat contratiam pigneraticiam? Et videtur finita esse pignoris obligatio et a contractu recessum. Immo utilis ex empto accommodata est, quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit, ut in quantitatem debiti ei satisfiat vel in quantum eius intersit, et compensationem habere potest creditor, si forte pigneraticia vel ex alia causa cum eo agetur.

Ulpian verneint hier die Berechtigung des Gläubigers, die Pfandklage geltend zu machen[1]), wenn diesem der zugeschlagene Gegenstand nachträglich evinziert werde. Durch den Zuschlag sei die Pfandhaftung erloschen. Mit Recht nimmt man nun an, daß Ulpian auch die zugrundeliegende Forderung als mit dem Zuschlag (Leistung) getilgt ansah, denn es wäre unberechtigt gewesen, dem Gläubiger eine utilis empti actio — die Interessenklage „rem evictam non esse" — zu geben, wenn der Gläubiger gleichzeitig seine noch bestehende ursprüngliche Forderung hätte geltend machen können[2]). Die Wirkung der tatsächlich erfolgten Leistung auf die zugrundeliegende Forderung und die Gewährung einer ausgleichenden utilis empti actio erkennt Ulpian ausdrücklich auch für alle Fälle der datio in solutum an: quem admodum si pro soluto ei res data fuerit.

Daß Ulpian die datio in solutum nach Analogie des Kaufes behandelt wissen will, ergibt sich auch aus:

Dig. 42,4 l. 15:

> Is, qui rem permutatam accepit, emptori similis est: item is, qui rem in solutum accepit vel qui lite aestimata retinuit vel ex alia causa stipulationis non ob liberalitatem est consecutus.

und dig. 44,4 l. 4 § 31:

> Auctorem autem dolus, sicut diximus, emptori non obicitur. Sed hoc in emptore solo servabimus: item in eo qui permutaverit vel in solutum accepit: item in similibus qui vicem emptorum continent.

---

[1]) a. A. Dernburg, Pfandr. II S. 247; gegen ihn: Römer a.a.O., S. 26, Ernst a.a.O. S. 20 ff.

[2]) Ebenso Ernst, a.a.O. S. 21; Quander, a.a.O. S. 48.

Diese Ansicht findet sich auch im Codex in einem Reskript des Kaisers Carracalla:

Cod. 8,44(45) l. 4:

Si praedium tibi pro soluto datum aliis creditoribus fuerat obligatum, causa pignoris mutata non est. Igitur si hoc iure fuerit evictum, utilis tibi actio contra debitorem competit; nam eiusmodi contractus vicem venditionis obtinet.

Hier wird ausdrücklich erklärt, daß die utilis actio der Kaufklage nachgebildet war.

II. Eine völlig entgegengesetzte Auffassung vertritt Marcian in Dig. 46,3 l. 46 pr. und § 1:

Si quis aliam rem pro alia volenti solverit et evicta fuerit res, manet pristina obligatio. Esti pro parte fuerit evicta, tamen pro solido obligatio durat: Nam non accepisset re integra creditor, nisi pro solido eius fieret.

§ 1. Sed et si duos fundos verbi gratia pro debito dederit, evicto altero fundo remanet integra obligatio. Tunc ergo res pro re soluta liberationem praestat, cum pro solido facta est suscipientis.

Marcian führt hier aus, daß die alte Obligation als fortbestehend zu betrachten sei [1]); die Liberation des Schuldners trete erst bei fehlerloser Leistung ein, da der Gläubiger sich nur unter der Bedingung einer vollständigen Eigentumsübertragung auf eine datio in solutum eingelassen habe.

Der gleichen Ansicht scheint auch Paulus gewesen zu sein, wenn er in

Dig. 46,3 l. 60 ausführt:

Is, qui alienum hominem in solutum dedit, usucapio hominem liberatur.

Hiernach bleibt die zu tilgende Forderung bestehen, bis das an Erfüllungstatt [2]) Geleistete ohne Rechtsmängel in das Vermögen des Gläubigers gelangt ist.

Auch diese Ansicht findet im Codex ihre Anerkennung in

Codex 7,45 l. 8:

Libera quidem Theodora, quam ex emptionis causa vel in solutum creditori traditam proponis, pronuntiata citra provocationis auxilium sententia rescindi non potest.

§ 1. Verum si mota quaestione, praemissa denuntiatione ei, qui auctor huius mulieris fuit, iudicatum processit, quanti tua interest, empti si emisit, vel ob debitum redendum, si in solutum data est, repetere non prohiberes.

Kauf und datio in solutum werden hier also streng voneinander geschieden. Infolge der Freierklärung der vermeintlichen Sklavin habe der Gläubiger im Falle eines Kaufes eine actio empti auf das Interesse. Hat der Gläubiger dagegen die vermeintliche Sklavin

[1]) a. A. Dernburg, Pfandr. II S. 246; gegen ihn: Ernst a.a.O. S. 40; Quander a.a.O. S. 49.

[2]) „In solutum dare" ist hier sehr verallgemeinernd gebraucht, sodaß hier sowohl die solutio als auch die datio in solutum gemeint sein wird. Vgl. Ernst a.a.O. S. 40; Römer a.a.O. S. 41; Quander a.a.O. S. 50.

an Erfüllungsstatt angenommen, so könne er „ob debitum reddendum repetere". Die Auslegung dieser Worte hat Schwierigkeiten bereitet.

b) Keine dritte Auffassung in Codex 7,45 l. 8 (Brinz).

In Codex 7,45 will Brinz[1]) eine von Ulpian und Marcian verschiedene — dritte — Regelung der Eviktionshaftung erblicken: Die Forderung sei ob causam aufgegeben, im Falle der Eviktion könne daher tamquam causa non secuta condiciert werden; der Gläubiger habe also einen Anspruch auf Wiederherstellung seines Forderungsrechtes[2]). Es mag zugegeben werden, daß man für diesen konkreten Fall eine derartige Auffassung aus dem Text herauslesen kann[3]); aber ebenso gut kann man diese Stelle so auslegen, daß sie mit der Ansicht Marcians übereinstimmt: Geltendmachung der zu tilgenden Forderung. Besonders die Worte „repetere" und „reddere" mögen die Veranlassung gewesen sein, in dem Recht des Gläubigers eine condictio zu sehen, aber die Wiedergabe dieser Stelle in den Basiliken[4]) zeigt, daß repetere hier nur den Sinn von petere = exigere haben soll[5]). Unter „debitum" ist hier nicht das Forderungsrecht, sondern einfach der geschuldete Gegenstand zu verstehen[6]). Ferner ist hier „reddere", wie auch an anderen Stellen[7]), gleichbedeutend mit „solvere" gebraucht. Nach Ernst[8]) findet die Präposition „re" in repetere — die Hauptstütze der Brinz'schen Auffassung — ihre Erklärung darin, daß sie zur Bezeichnung einer sich wiederholenden Tätigkeit dient. So gelangt Ernst[9]) zu der durchaus brauchbaren Übersetzung: „Du sollst nicht verhindert sein, von neuem zu klagen und diesmal auf die Leistung des Geschuldeten", nämlich dann „von neuem", wenn es sich herausstellt, daß die an Erfüllungsstatt gegebene Sache mangelhaft war. Nach diesen Ausführungen scheint es weitaus berechtigter, diese Codexstelle als eine Bestätigung der Auffassung Marcians aufzufassen, als aus ihr eine dritte, sonst in den Quellen unbekannte, Regelung der Eviktionshaftung herauszulesen[10]).

c) Ulpian, Dig. 12,6 l. 26 § 4.

Es muß der Vollständigkeit halber noch auf Dig. 12,6 l. 26 § 4 näher eingegangen werden, eine Stelle, die zur Unterstützung

[1]) Pand. II 1. § 280 Anm. 12.

[2]) Zustimmend: Windscheid-Kipp, Pand. II, § 342 Anm. 14, Bechmann, Kauf II S. 559, Berndorff a.a.O. S. 25 Anm. 1; cf. Eck, Vorträge I, S. 345, Anm. 2.

[3]) Auch Karlowa, Röm. R. II S. 1381 will diese Stelle im Sinne von Brinz aufgefaßt wissen; eine dritte Auffassung durch Verallgemeinerung dieser auf der Eigentümlichkeit des Falles beruhenden Entscheidung herzuleiten, gehe aber zu weit.

[4]) IX,1 § 74: „Vel debitum exigere".

[5]) cf. Steiner a.a.O. S.150, der den Gebrauch von repetere an dieser Stelle auf andere Weise zu erklären versucht.

[6]) Siehe auch über die Doppelbedeutung des Wortes „Leistung" oben S. 11.

[7]) Dig. 22,1, l. 17 pr.; 27,3 l. 21; cod. 8,30(31) l. 3.

[8]) a.a.O. S. 45.

[9]) a.a.O.

[10]) ebenso: Ernst a.a.O. S. 43 ff., Alexander a.a.O. S. 24 ff., Arendt a.a.O. S. 35, Quander a.a O. S. 50, Steiner a.a.O. S. 148 ff.; cf. auch Römer, a.a.O. S. 40 f.

der Marcian'schen Ansicht herangezogen worden ist[1]) obwohl sie von Ulpian, der sonst die gegenteilige Ansicht vertritt, herrührt:

> Si centum debens, quasi ducenta deberem, fundum ducentorum solvi, competere repitionem Marcellus libro vicesimo digestorum scribit et centum manere stipulationem: licet enim placuit rem pro pecunia solutam parere liberationem, tamen si ex falsa debiti quantitate maioris pretii res soluta est, non fit confusio partis rei cum pecunia (nemo enim invitus compellitur ad communionem), sed et condictio integrae rei manet et obligatio incorrupta: ager autem retinebitur, donec debita pecunia solvatur.

Hier ist in der irrtümlichen Meinung, der Betrag einer Schuld sei 200, ein Acker im Werte von 200 geleistet worden. In Wirklichkeit betrug die Schuld aber nur 100. Ulpian entschied hier, daß die alte Schuld bestehen bleibe und der Acker vom Schuldner mit der condictio indebiti zurückgefordert werden könne. Wie aber kommt Ulpian zu dieser seiner sonstigen Entscheidungen scheinbar widersprechenden Auffassung? Der innere Grund zu der hier gegebenen Entscheidung liegt lediglich in der Beschaffenheit des in solutum gegebenen Gegenstandes. Würde man nämlich hier die Forderung als mit der Leistung des aliud getilgt betrachten, so müßte man dem Schuldner einen Teil des Grundstückes zurückgewähren, oder ihm Miteigentum an dem Grundstücke einräumen. Da aber Teilgrundstücke meist einen geringeren Wert repräsentieren als das ungeteilte Grundstück, andererseits die ideelle Teilung (communio) gewöhnlich Nachteile mit sich bringt, kann man den Gläubiger nicht zwingen, wenn sich die ursprünglich zugrundegelegte Forderung als geringer herausstellt, einen — materiellen oder ideellen — Teil des einmal angenommenen Gegenstandes zu behalten, obwohl dieser, durch die Natur des Gegenstandes bedingt, durch die Teilung im Wert unverhältnismäßig gesunken ist. Nur aus diesem Grunde hat Ulpian den Fall so entschieden, was sich auch aus den folgenden §§ 5 und 6 ergibt, wo er in Fällen, in denen irrtümlich eine zu große Menge Öl, Geld oder andere Fungibilien an Erfüllungsstatt gegeben wurden, — also wenn die Teilung des einmal hingegebenen und angenommenen Gegenstandes ohne Nachteil für die Kontrahenten möglich ist — die datio in solutum bis zum Betrage der wirklich bestehenden Forderung für gültig erklärt; in diesen Fällen sei die ursprüngliche Forderung schon mit der Leistung der verhältnismäßig entsprechenden Menge dieser Sachen sogleich endgültig getilgt und nur das Zuvielgeleistete könne zurückgefordert werden[2]).

Nach dem Gesagten ist also Dig. 12,6 l.26 § 44 sehr wohl mit den übrigen Entscheidungen Ulpians vereinbar.

d)

Zusammenfassend können wir also für das justinianische Recht feststellen, daß über die Regelung der Eviktionshaftung

[1]) so z. B. von Römer, a.a.O. S. 83, Fr. Leonhard a.a.O. S. 594 Anm. 2.

[2]) vgl. hierzu Ernst a.a.O. S. 11,49; Arendt a.a.O. S. 22 f., Quander a.a.O. S. 52 f.

nebeneinander zwei Ansichten bestanden. Marcian läßt die Tilgung der ursprünglichen Forderung nur unter der Bedingung eintreten, daß der geleistete Gegenstand dauernd in dem Vermögen des Empfängers bleibt; nach Ulpian hingegen erlischt die alte Forderung unbedingt und im Falle der Eviktion kann der Gläubiger nur sein Interesse geltend machen, nicht aber auf die ursprüngliche Forderung zurückgreifen. Dieser Zwiespalt besteht und läßt sich nicht wegleugnen, wenn dies auch oftmals[1]) versucht worden ist.

4. Der innere Zusammenhang zwischen dem Schulenstreit und der gegensätzlichen Regelung der Eviktionshaftung.

§ 5.

Wenn man sich fragt, wie diese gegensätzliche Auffassung über die Regelung der Eviktionshaftung überhaupt in die Quellen gekommen ist, gelangt man zu dem Ergebnis, daß auch dieser Gegensatz auf dem Schulenstreit über die Tilgungswirkung beruht. Das Verdienst, den inneren Zusammenhang zwischen diesen beiden Streitfragen erkannt zu haben, gebührt Karlowa. Zwar waren schon vor ihm Kombinationen über einen inneren Zusammenhang angestellt worden[2]), doch konnten diese keineswegs überzeugen.

Karlowa[3]) führt die von Marcian gegebene Regelung der Eviktionshaftung auf die prokulianische Auffassung, die Ansicht Ulpians auf die der Sabinianer zurück: die Lehre der Prokulianer, nach welcher die Tilgung der Obligation nur ope exceptionis eintrete, müsse zu der Konsequenz führen, daß man im Falle der Eviktion der an Erfüllungsstatt gegebenen Sache dem Gläubiger einen Rückgriff auf die nicht untergegangene alte Obligation gestatten müsse, da in diesem Falle dem Schuldner eine exceptio doli gegen den von neuem fordernden Gläubigern nicht zustehe. Nach der sabinianischen Auffassung dagegen sei die ursprüngliche Obligation durch die Annahme der in solutum gegebenen Sache ipso iure erloschen. Der Gläubiger wäre demnach im Falle einer Eviktion schutzlos gewesen; Ulpian habe daher, um dieses unerträgliche Ergebnis zu berichtigen, dem Gläubiger eine dem Kaufrecht nachgebildete Interessenklage zugesprochen.

Soweit gegen Karlowas Ausführungen Bedenken erhoben worden sind, bedürfen diese noch einer kürzeren Betrachtung.

Steiner[4]) leugnet überhaupt jegliche innere Beziehung zwischen beiden Streitfragen.

Zunächst behauptet er, daß diese Meinungsverschiedenheiten zu ganz verschiedenen Zeiten bestanden hätten[5]), und deshalb „alle Hypothesen“ dahinfallen müßten. Es muß zugegeben werden, daß wir nicht die Probe aufs Exempel machen können, da weder ein

---

[1]) siehe unten §§ 6 u. 7 dieser Abhandlung.
[2]) siehe bei Kretschmar a.a.O. S. 52 Anm. 2.
[3]) Röm. Rechtsgesch. II S. 1382 f.
[4]) Datio in solutum S. 143.
[5]) Ebenso Ernst a.a.O., S. 70.

Prokulianer noch ein Sabinianer zu der Frage der Eviktionshaftung Stellung genommen hat. Andererseits ist es aber Steiner selbst, der nachzuweisen versucht hat, daß die Digestenstellen 12,6 l. 26 § 4; 13,5 l. 1 § 5; 23,3 l. 25 interpoliert sind[1]), sodaß es „höchst wahrscheinlich sei, daß auch die späteren Juristen in der Beurteilung dieser Frage (sc. der Wirkung der datio in solutum) nicht einiggingen". Die Lückenhaftigkeit der Quellen kann aber auch keinen Beweis dafür liefern, daß die Streitfrage über die Eviktionshaftung erst im justinianischen Recht aufgetaucht sei. Nimmt man an, daß der Schulenstreit erst durch Justinian endgültig „entschieden" wurde[2]), — was ja auch Steiner tut —, so entstammen die in den Digesten enthaltenen verschiedenen Ansichten über die Eviktionshaftung einer Zeit, in der der Streit über die Tilgungswirkung noch keineswegs erledigt war.

Weiterhin behauptet Steiner, die Eviktionshaftung im klassischen Recht sei sowohl unter Zugrundelegung der prokulianischen wie der sabinianischen Auffassung über die Tilgungswirkung die gleiche gewesen. Rein äußerlich erscheint es äußerst befremdend, daß dann plötzlich im justinianischen Recht eine neue Regelung der Eviktionshaftung auftaucht. Steiner aber „bedarf hier keiner langen Erörterungen"[3]), es erscheint ihm selbstverständlich, daß der Gläubiger neben der bisherigen Regelung (Rückgriff auf die ursprüngliche Forderung) wahlweise (!) Vergütung des Interesses verlangen kann. Diese neue Regelung sei in einer neuen (?) Auffassung der datio in solutum begründet und ergebe sich „vor allem" aber aus dig. 13,7 l. 24 pr., einer Stelle, von der Steiner allerdings selbst behauptet, daß sie derartig interpoliert sei, daß „niemand wird sagen können, was Ulpian geschrieben hat"[4]).

Diese Einwendungen Steiner's, die jeder Beweiskraft entbehren, sind daher zurückzuweisen; sie sind ja auch nur rein äußerlicher Natur.

Dagegen weit beachtenswerter sind die Ausführungen von Steiner, soweit sie den inneren Zusammenhang der von Ulpian gegebenen Regelung der Eviktionshaftung mit der sabinianischen Auffassung leugnen. Die Verbindung der prokulianischen Ansicht mit der Marcianischen Regelung hat niemals Widerspruch hervorgerufen. Dagegen ist die Ableitung der Ulpianischen Auffassung aus der sabinianischen Lehre besonders von Steiner aufs heftigste bekämpft worden. Karlowa ist nämlich davon ausgegangen, daß die Sabinianer die ipso iure-Tilgungswirkung der datio in solutum mit der bloßen Annahme, der tatsächlichen Verschaffung, eintreten ließen, ohne Rücksicht auf die Mangelhaftigkeit des einmal angenommenen Gegenstandes. Denn nur unter dieser Voraussetzung blieb im Falle der Eviktion die ursprüngliche Forderung erloschen und nur dann bestand das Bedürfnis, dem Gläubiger mit einer actio utilis zu helfen. Steiner dagegen behauptet, die Sabinianer hätten die datio in solutum

[1]) a.a.O. S. 116 ff., S. 87 ff., S. 91 ff.
[2]) Inst. III,29 pr.
[3]) a.a O. S. 152.
[4]) a.a.O. S. 65.

analog der solutio behandelt: erst die definitive Verschaffung des in solutum gegebenen Gegenstandes habe ebenso wie bei der solutio [1]) den endgültigen Untergang der zugrundeliegenden Obligation herbeigeführt. Da die rechtlich mangelhafte Leistung die alte Obligation nicht aufzuheben vermöge, sei die solutio als in der Schwebe zu betrachten; dieser ungewisse Zustand werde dadurch beseitigt, daß entweder der Berechtigte nachträglich sein Recht aufgäbe (nachträgliche Einigung mit dem Schuldner) oder verwirke (Verjährung), wodurch die vorläufige Verschaffung endgültig würde und dann zur Tilgung der ursprünglichen Forderung führe, oder dadurch, daß der Berechtigte die an Erfüllungsstatt gegebene Sache evinciere, wodurch die ursprüngliche Forderung uneingeschränkt fortbestünde und vom Gläubiger geltend gemacht werden könne [2]). Steiner geht hierbei davon aus, daß die Regelung der Eviktionshaftung bei der datio in solutum auf Grund der geschichtlichen Entwicklung dieses Schuldtilgungsgrundes die gleiche sein müsse wie bei der solutio. Schon hierin können wir Steiner nicht zustimmen. Als die Schuldtilgung durch Leistung eines aliud, die ja von dem ursprünglichen Solutionsbegriff miterfaßt wurde, nunmehr als selbständiger Schuldtilgungsgrund neben die solutio i. e. S. gestellt wurde, so geschah dies aus der Erkenntnis, daß diese datio in solutum eben keine „Erfüllung" war. Es ist daher verfehlt, die für Stipulation und Damnationslegat getroffene Regelung der Eviktionshaftung auch auf die datio in solutum ausdehnen zu wollen [3]). Stipulation und Damnationslegat finden im Falle einer mangelfreien Leistung durch wirkliche solutio ihre bestimmungsgemäße Auflösung. Ein von diesen beiden Vorgängen völlig verschiedenes Bild erhalten wir aber bei der datio in solutum. Nämlich hier ist es gerade in dem ursprünglichen Obligationsinhalte nicht entsprechende Leistung, die aber trotzdem, ohne wirkliche solutio zu sein, dennoch schuldtilgend wirkt. Die Grundsätze der solutio können daher für die datio in solutum nicht maßgebend sein.

Was lag aber näher, als daß die Römer die datio in solutum auf bekannte Denkformen und Begriffe zurückführten? Hier war es Kretschmar [4]), welcher eine völlig zufriedenstellende Lösung für die sabinianische Auffassung fand; wie man den Tausch den Normen des Kaufs unterwarf, indem man die eine der in Tausch gegebenen Sachen als „pretii nomine" gegeben ansah, so habe man bei der datio in solutum die an Zahlungsstatt gegebene Sache als „debiti nomine" geleistet. Weiterhin sei es eine der sabinianischen Schule eigentümliche Denkform, an Stelle eines Gegenstandes dessen Wert zu veranschlagen und diesen als Vertragsgegenstand zu substituieren. Da Kretschmar in der datio in solutum diese beiden Gedankengänge vereinigt sah, gelangte er zu einem abgeschlossenen Ergebnis.

---

[1]) dig. 21,2 l. 58; 32 l. 29 § 3; 46,3 l. 27.

[2]) a.a.O. S. 145.

[3]) Steiner a.a O. S. 147.

[4]) „Die Erfüllung" S. 54 ff.

Hiernach handelt es sich bei der datio in solutum aber nicht etwa um einen reinen Kaufvertrag derart, daß die an Erfüllungsstatt gegebene Sache zum Schätzungswert verkauft würde, sondern nur um einen kaufähnlichen Vorgang. Eine Auffassung der datio in solutum als wirklichen Kauf würde die Schuldtilgung erst mit der endgültigen Leistung und dann auch nicht ipso iure, sondern durch Aufrechnung der Kaufpreisschuld gegen die zu tilgende Forderung eintreten lassen. Daß aber die ipso iure-Tilgungswirkung nach sabinianischer Ansicht schon mit der Hingabe des in solutum geleisteten Gegenstandes eintrat, wird folgendermaßen erklärt: Der Wert der an Erfüllungsstatt geleisteten Sache wird als Leistungsgegenstand substituiert. Durch die tatsächliche Hingabe der Sache wird dieser Betrag als „debiti nomine" dem Gläubiger direkt solvendi causa zugewandt. Steht dieser Leistung als zu tilgende Forderung eine Geldforderung gegenüber, so erlischt diese direkt durch die als bloße Rechnungsgröße zu wertende Leistung des Schuldners. Geht die zugrundeliegende Forderung auf Leistung eines Gegenstandes, so ist eine weitere Substitution erforderlich: der Wert der ursprünglichen Forderung, der bei Geldobligationen ohne weiteres gegeben ist, muß ermittelt und eingesetzt werden, woraus sich auch in diesem Falle eine direkte Tilgungswirkung der tatsächlichen Leistung ergibt.

Durch diese Ausführungen Kretschmars sind die Lücken der Karlowaschen Ansicht[1]) beseitigt, sodaß sich nun „mit unmittelbarer Evidenz"[2]) die von Karlowa entwickelten Folgerungen ergeben; die Einwendungen Steiners sind somit in allen Teilen widerlegt worden.

Zwar war dieser innere Zusammenhang den Römern selbst nicht mehr gegenwärtig, denn, obwohl Justinian sich für die sabinianische Auffassung der Tilgungswirkung entschieden hatte, wurde die auf der prokulianischen Ansicht fußende Auffassung Marcians von den Kompilatoren nicht ausgemerzt, sodaß beide Ansichten über die Eviktionshaftung nebeneinander weiterbestanden. Zu dieser Erkenntnis ist man erst durch Untersuchungen neuerer Zeit gelangt. Bis dahin hat das Nebeneinanderstehen der sich widersprechenden Entscheidungen über die Eviktionshaftung in den Quellen der Rechtswissenschaft große Schwierigkeiten bei der Behandlung der Leistung an Erfüllungsstatt gemacht. Zu zeigen, inwieweit dieser Widerspruch überhaupt erkannt wurde, und welche Wege gegangen worden sind, um die datio in solutum in ihrem inneren Wesen zu erkennen, wird Aufgabe der folgenden Erörterungen sein.

B. Die Glosse und ihre Anhänger.

§ 6.

Die Glossatoren behandelten die Leistung an Erfüllungsstatt nur insoweit, als sie ihnen in den Quellen entgegentrat. Sie nahmen

[1]) Karlowa bemerkt hierzu, „daß es an jeglichem Grunde mangle (?), den Sabinianern die Auffassung zuzuschreiben, die Tilgung der alten Obligation sei begingt dadurch, daß der Gläubiger die in solutum gegebene Sache behalten könne". a.a.O. S. 1382.

[2]) Kretschmar a.a.O. S. 53.

daher nur Stellung zu der dort aufgeworfenen Frage der Eviktionshaftung bei der datio in solutum und versuchten die verschiedenartige Regelung zu erklären. Sie behaupteten [1]), es handle sich bei den gegensätzlichen Entscheidungen um verschiedene Fälle des in solutum dare. Ulpian habe stets den Fall behandelt, in dem an Stelle eines geschuldeten Geldbetrages eine Sache in solutum gegeben worden sei; Marican's Entscheidungen träfen nur Fälle, in denen an Stelle einer geschuldeten Sache eine andere Sache an Erfüllungsstatt geleistet worden sei. Nach Ansicht der Glosse stellen demnach die von Ulpian entschiedenen Fälle tatsächliche Kaufvorgänge dar, sodaß also im Eviktionsfalle die actio empti zu gewähren war. Die anderen Fälle (Marcian) seien als Tausch aufzufassen, wodurch in diesen Fällen der besondere Schutz der kaufrechtlichen Eviktionshaftung entfalle, sodaß ein Rückgriff auf die ursprüngliche Forderung gerechtfertigt sei. Die Glosse identifiziert also die datio in solutum mit dem Kauf oder dem Tausch.

Wenn sich die Glossatoren zur Rechtfertigung ihrer Auffassung auf die Quellen berufen, so ergibt eine genauere Prüfung dieser Stellen, daß dort die datio in solutum mit Tausch und Kauf nur verglichen wird; Wendungen wie „vicem venditionis obtinet“ [2]) und „emptori similis est“ [3]), als auch die Gewährung einer actio utilis [4]) an Stelle einer actio directa, wie es gemäß der Auffassung der datio in solutum als Kauf der Fall sein müßte, lassen dies aufs deutlichste erkennen. Auch ist garnicht einzusehen, warum „res“ in dig. 46,3 l. 46 pr. unbedingt nur eine Sache bezeichnen soll; noch viel weniger trifft dies für „debitum“ in cod. 7,45 l. 8 § 1 zu, da man eher geneigt sein wird, diesen Ausdruck bei einer Geldschuld als bei einer Sachschuld zu gebrauchen [5]). Diese letzte Quellenstelle zeigt sogar, daß die Römer Kauf und datio in solutum stets voneinander zu unterscheiden wußten, denn hier wird für den gleichen Fall verschieden entschieden, je nachdem, ob die Sklavin gekauft oder ob sie an Erfüllungsstatt gegeben worden war.

Nimmt aber die Glosse an, daß der Gläubiger die in solutum geleistete Sache um den Preis seiner ursprünglichen (Geld-)Forderung wirklich kauft, so stellt die Hingabe der an Erfüllungsstatt gegebenen — „gekauften“ — Sache für den Schuldner die Erfüllung seiner Verpflichtung aus diesem Kaufvertrage dar. Da aber durch diese als Kauf konstruierte Leistung an Erfüllungsstatt zugleich die Tilgung der ursprünglichen Forderung herbeigeführt werden soll, müßte man gleichzeitig dieselbe Schuldnerleistung auch als Erfüllung der zugrundeliegenden Obligation ansehen. Die Erfüllung zweier materiell verschiedener, voneinander unabhängender Ansprüche durch ein und dieselbe Leistung ist aber für juristisches Denken ein Unding [6]).

---

[1]) Glosse des Accursius zu cod. 7,45 l. 8 und 8,45 (44) l. 4.

[2]) cod. 8,44 l. 4.

[3]) Dig. 42,4 l. 15.

[4]) cod. 8,44 l. 4.

[5]) cf. Melcher a.a.O. S. 21/22.

[6]) Römer a.a.O. S. 13, Alexander a.a.O. S. 32, von Koolwyk a.a.O. S. 10, Krüsmann, a.a.O. S. 7, Epstein a.a.O. S. 9.

Was sich gegen die Darstellung der datio in solutum als Kauf sagen läßt, kann in gleicher Weise gegen die Auffassung als Tausch geltend gemacht werden.

Die Ansicht der Glosse konnte sich lange Zeit behaupten, da auch die Commentatoren diese Auffassung unbeanstandet übernahmen. So z. B. Bartolus[1]), Baldus[2]) und Cujacius[3]). Duarenus[4]) und Donellus[5]) schließen sich ebenfalls dieser Ansicht an; sie führen aber weiterhin aus, daß die Schuldtilgung nicht eintrete, wenn dem Gläubiger nicht das Eigentum an dem an Erfüllungsstatt gegebenen Gegenstand verschafft worden wäre. Dies sei auch dann der Fall, wenn eine Geldschuld zu tilgen sei, weshalb neben dem Rückgriff auf die noch ungetilgte Forderung auch — der Ansicht der Glosse folgend — die actio empti utilis gegeben sei. Mit einer geradezu bewundernswerten Einigkeit haben alle großen Juristen während mehrerer Jahrhunderte an dieser Auffassung der Glosse festgehalten.

C. Gemeines Recht.

§ 7.

Es ist keineswegs verwunderlich, wenn auch in der älteren gemeinrechtlichen Literatur bezüglich der rechtlichen Natur der datio in solutum die bis dahin unangefochtene Meinung der Glosse vertreten wird[6]). Im Falle der Eviktion stehen daher dem Gläubiger die kaufrechtlichen Eviktionsansprüche zu, aber daneben wird auch der Rückgriff auf die nichterloschene Forderung — meist wahlweise — gestattet[7]).

Eine von der Glosse verschiedene Begründung für das Vorhandensein der gegensätzlichen Regelung der Eviktionshaftung haben Schliemann und Bekker gegeben.

Schliemann[8]) unterscheidet zwei Arten innerhalb der datio in solutum, je nachdem, ob der Schuldner zur Hingabe des aliud nur berechtigt oder ob er hierzu verpflichtet ist. Während im ersten Falle bei mangelhafter Leistung der Gläubiger die ursprüngliche Forderung geltend machen könne, handle es sich im zweiten Falle um einen Kaufvertrag, aus dem der Gläubiger eine actio empti gegen den Schuldner habe.

Bekker[9]) kommt im Grunde zum gleichen Ergebnis, denn die dem Gläubiger zugestandene Auslegungsmöglichkeit, das Leistungsgeschäft als datio oder als quasi-Kauf aufzufassen, läuft ebenfalls darauf hinaus festzustellen, ob eine gegenseitige Verpflichtung bezüglich dieser Leistung besteht oder nicht.

[1]) Comm. i. secund. Dig. novi partem: ad 46,3 l. 46.
[2]) Comm. i. secund. Dig. veteris partem, ad 13,7 l. 24.
[3]) Comm. ad cod. 8,44 l. 4; observ. lib. XIX cap. 38.
[4]) Comm. ad. cod. 8,45 l. 4.
[5]) Comm. ad cod. 8,45 l. 4; comm. de iure civ. lib. XVI cap. 9 (p. 651).
[6]) z. B. Rubo, Angabe an Zahlungsstatt S. 14 ff.
[7]) siehe unten S. 29.
[8]) Die Haftung des Cedenten S. 46 ff.
[9]) Jahrb. d. Gem. Rechts VI. S. 229 ff.

Diese beiden Auffassungen bedeuten keinen Fortschritt in der Erkenntnis der juristischen Konstruktion der Leistung an Erfüllungsstatt gegenüber der Ansicht der Glosse, da sie dieselbe noch als „Kaufkontrakt" oder als „quasi-Kauf" bezeichnen. Als Hauptmangel der Auffassung der Leistung an Erfüllungsstatt als Kauf hatten wir erkannt, daß der Schuldner durch eine Handlung nicht zwei verschiedene Verpflichtungen, diejenige aus dem ursprünglichen Schuldverhältnis wie auch diejenige aus dem Kaufvertrage erfüllen kann. Diesen Fehler vermeidet die Darstellung Bechmanns[1]), welcher die Schuldtilgungswirkung auf eine dem Kaufvertrag nachfolgende Aufrechnung der ursprünglichen Forderung gegen die Kaufpreisforderung zurückführt.

Bechmann[2]) führt aus, daß die Römer dort, wo sie eine actio empti utilis gewährten, die datio in solutum „um ihrer Entgeltlichkeit willen" mit dem Kauf verglichen hätten. Den empirischen Tatbestand hätten sie sich so zurechtgelegt, „daß der Gläubiger die Sache um den dem Betrage seiner Forderung entsprechenden Preis kauft und Preis und Kauf gegeneinander kompensiert", wobei die empirische Absicht nicht auf Kauf mit Kompensation, sondern auf Erwerb zum Zwecke der Befriedigung gerichtet sei.

Gegen diese Auffassung spricht zunächst, daß sie nur den Fall voraussetzt, daß eine Geldschuld zu tilgen ist; die Leistung an Erfüllungsstatt ist aber nicht auf diese Fälle beschränkt, sondern stets zulässig ohne Rücksicht auf den Inhalt des zugrundeliegenden Schuldverhältnisses. Weiterhin ist festzustellen: Führt man die Tilgung des Schuldverhältnisses auf einen neben dem Kauf bestehenden Aufrechnungsvertrag zurück, so verliert dadurch die Leistung an Erfüllungsstatt ihre selbständige Tilgungswirkung, da die Schuld dann auf Grund der Aufrechnung untergegangen ist. Dadurch wäre auch der Zeitpunkt des Untergangs des Schuldverhältnisses abhängig von dem Vollzuge des Aufrechnungsvertrages, ein Ergebnis, das der Leistung an Erfüllungsstatt nicht gerecht wird[3]).

Der Unterschied von Leistung an Erfüllungsstatt einerseits und Kauf mit hinzutretender Aufrechnung andererseits tritt z. B. dann praktisch in Erscheinung, wenn die von beiden Seiten zugrundegelegte Forderung in Wirklichkeit garnicht bestand. Im Falle der „zum Zwecke der Schuldtilgung" erfolgten Leistung an Erfüllungsstatt kann der vermeintliche Schuldner das Geleistete wegen grundloser Rechtsverschiebung zurückverlangen, liegt dagegen ein Kauf vor, so ist beim Nichtbestehen der ursprünglichen Schuld nur die Aufrechnung unwirksam, der Schuldner kann aber den geleisteten Gegenstand nicht zurückverlangen, sondern er hat nur einen Anspruch auf Entrichtung des Kaufpreises. Daß dieses zweite Ergebnis auch von den Parteien gewollt sein kann, steht außer Frage. Sollte die andere Leistung auch dann erfolgen, wenn die irrtümlich angenommene Gegenforderung nicht bestand, geschah diese Leistung also um ihres

[1]) System d. Kaufs nach gemeinem Recht, Bd. II, S. 557 f.

[2]) a.a.O.

[3]) cf. auch Alexander a.a.O. S. 77.

eigenen Umsatzes willen, so handelt es sich um einen Kauf und dieser aus der Umsatzabsicht geborene Fall ist wohl zu trennen von der von Tilgungsabsicht geleiteten Leistung an Erfüllungsstatt.

Obwohl Ernst[1]) diesen Unterschied richtig erfaßt hat, kennt er neben einer rein solutorischen Leistung an Erfüllungsstatt auch den Fall einer auf Grund einer untergeordneten Umsatzabsicht erfolgenden, aber doch vom Bestand der zugrundegelegten Forderung abhängigen Leistung an Erfüllungsstatt[2]). Ernst will durch diese Unterscheidung die verschiedenartige Regelung der Eviktionshaftung erklären, indem er der von untergeordneter Umsatzabsicht geleiteten Leistung an Erfüllungsstatt die dem Kaufrecht nachgebildete Regelung Ulpians zuweist, und die Marcian'sche Regelung der nur zu Tilgungszwecken erfolgenden Leistung an Erfüllungsstatt vorbehält.

Zunächst sei bemerkt, daß es ein vergebliches Bemühen ist, stets feststellen zu wollen, ob im Falle einer Leistung an Erfüllungsstatt die Absicht, einen Vorteil zu erzielen, „in untergeordneter Weise" mitgewirkt hat oder nicht. Die Beweisführung dürfte hier auf erhebliche Schwierigkeiten stoßen. Diese Grenzziehung innerhalb der Leistung an Erfüllungsstatt ist aber auch deshalb nicht erforderlich, weil die Verschiedenheit der Regelung der Eviktionshaftung nicht auf einer Verschiedenheit der Leistung beruht[3]).

Liegt aber nicht jeder Leistung an Erfüllungsstatt eine gewisse, aber stets untergeordnete Umsatzabsicht zugrunde? Es ist nicht unsere Aufgabe, zu erforschen, warum der Gläubiger dieser anderen Leistung an Stelle der tatsächlich geschuldeten den Vorzug gibt, warum dem Schuldner die Erbringung der anderen Leistung angenehmer ist; es soll hier nur festgestellt werden, daß Kauf und nicht Leistung an Erfüllungsstatt vorliegt, wenn die Umsatzabsicht die Tilgungsabsicht überflügelt. Diese Parteiabsicht tritt aber am klarsten hervor, wenn man sich vergegenwärtigt, was von den Parteien für den Fall gewollt ist, daß die Forderung nicht besteht[4]). Wird bei der Bewirkung einer anderen als der geschuldeten Leistung die Frage der Umsatzabsicht geprüft, so darf dies nur dazu dienen, die Fälle, die wirklich Kaufvorgänge darstellen, auszuscheiden[5]). Es ist aber verfehlt, innerhalb der Leistung an Erfüllungsstatt eine rein solutorische neben einer solchen mit vorhandener, aber untergeordneter Umsatzabsicht unterscheiden zu wollen.

Somit sind diejenigen Auffassungen widerlegt, welche die Leistung an Erfüllungsstatt mit dem Kauf in Verbindung bringen, sei es, daß sie sie als wirklichen Kauf, sei es als Kauf mit hinzutretender Aufrechnung oder nur als einen auf Grund der vorhandenen untergeordneten Umsatzabsicht den Normen des Kaufes unterstehenden Tilgungsvorgang auffassen.

Das weitere Schrifttum des gemeinen Rechts vermied es gefließentlich, auf die Rechtsnatur der Leistung an Erfüllungsstatt

[1]) a a.O. S. 7 f; cf. auch Arendt a.a.O. S. 14.
[2]) a.a.O. S. 8, S. 15 ff.
[3]) siehe oben S. 21 ff.
[4]) so Berndorff, a.a.O. S. 29.
[5]) so z. B. ROHG 8,97; 16,158; 20,37; 24,207 cf. Dernburg, Das bürgerl. Recht II, 1 S. 326 Anm. 8.

einzugehen. Das gesamte Rechtsinstitut wurde unbesehen übernommen; zwar fehlte es immer noch an einer Begründung für das Vorhandensein der beiden Ausgleichsmöglichkeiten im Falle der Entwehrung: Rückgriff auf die alte Forderung oder Eviktionsansprüche? Man machte sich die Beantwortung dieser Frage recht leicht, wenn man kurzerhand dem Gläubiger ein Wahlrecht hierüber zugestand. Windscheid[1]) gibt auch eine Begründung hierfür: das erste Recht (Rückgriff auf die Forderung) habe der Gläubiger, weil er nicht die Hingabe als solche, sondern nur die Hingabe mit der Wirkung der Eigentumsverschaffung mit Erfüllungskraft begabt habe; das zweite Recht (Interessenforderung), weil er den Schuldner bei der von ihm abgegebenen Erklärung, daß das Hingebene in das Eigentum des Gläubigers übergehen solle, festhalten könne.

Auch Dernburg[2]) erkennt dieses Wahlrecht des Gläubigers an; er sieht aber in dieser Ansicht „eine äußerliche, wenig befriedigende Vermittlung". Das Richtige sei es, dem Gläubiger nur einen Anspruch wegen Eviktion zu gestatten, denn er habe die Forderung gegen die an Zahlungsstatt gemachte Leistung definitiv, keineswegs bedingt aufgegeben.

Brinz[3]) ging sogar noch weiter, indem er dem Gläubiger wahlweise ein weiteres — drittes — Recht, die condictio tamquam causa non secuta, zuerkannte. Wie aber oben schon dargelegt wurde[4]), besteht kein Anlaß, aus cod. 7, 45 1. 8 eine weitere Ausgleichungsmöglichkeit abzuleiten.

So lange aber die Rechtswissenschaft die rechtliche Konstruktion der Leistung an Erfüllungsstatt verkannte, und sich mit einer rein äußerlichen Vereinigung der auf völlig verschiedene Grundanschauungen zurückzuführenden Ansprüche des Gläubigers im Eviktionsfalle zufrieden gab, ist es nicht verwunderlich, daß die Gesetzeswerke dieser Zeit eine ausdrückliche Normierung der Leistung an Erfüllungsstatt im Sinne einer konsequent durchgeführten Auffassung vermissen lassen. Hatte man nun gehofft, die Regelung der Leistungen an Erfüllungsstatt im Bürgerlichen Gesetzbuch würde hier eine klare Darstellung dieses Rechtsvorganges bringen, so mußte man feststellen, daß der Knoten nicht gelöst sondern nur durchhauen worden war[5]).

Das BGB gibt nämlich den Gläubiger im Falle der Eviktion die Gewähransprüche des Käufers; eine Lösung, die zwar die gemeinrechtliche Streitfrage beseitigt, aber dem inneren Wesen der Leistung an Erfüllungsstatt völlig widerspricht.

Da man aber zu der Frage der Rechtsnatur dieses Tilgungsvorganges bei der Normierung nicht Stellung nehmen wollte, überließ man diese Ausführungen der Wissenschaft.

---

[1]) Windscheid-Kipp, Pand. II § 342 Anm. 14.

[2]) Dernburg-Sokolowski, System des Röm. Rechts II § 315 Anm. 7; siehe auch Pfand. R. II S. 247.

[3]) Pand. II 1 § 280 S. 336 Anm. 12.

[4]) siehe oben S. 19.

[5]) Kretschmar a.a.O. S. 52.

D. Geltendes Recht.

§ 8.

Heute geht die Wissenschaft des bürgerlichen Rechts von der Vertragsnatur der Leistung an Erfüllungsstatt aus[1]). Daß es sich bei der Leistung an Erfüllungsstatt um eine vertragliche Abmachung zwischen den Vertragsparteien handelt, kann keineswegs bestritten werden[2]). Bei der Leistung an Erfüllungsstatt wird eine andere als die geschuldete Leistung bewirkt; diese kann aber dem Gläubiger nicht aufgezwungen werden: es steht in seinem freien Belieben, ob er diese anders geartete Leistung als Erfüllung gelten lassen will. Er muß sich also erklären, ob er diese Leistung annehmen will. Dagegen kann der Gläubiger nur Erfüllung, nicht eine andere Leistung an Erfüllungsstatt fordern; der Schuldner muß also zunächst seine Bereitwilligkeit zu einer anderen als der geschuldeten Leistung erklärt haben. Wird dieses Angebot vom Schuldner angenommen (rechtsgeschäftliches Moment der Leistung an Erfüllungsstatt) und tatsächlich bewirkt (reales Moment der Leistung an Erfüllungsstatt), so führt dies zum Untergang der der ursprünglichen Leistung zugrundeliegenden Schuldnerverpflichtung.

Hat man nun die Zustimmung des Gläubigers zu der angebotenen anderen Leistung als einen Vertragsschluß zwischen Gläubiger und Schuldner erkannt, so ist dieser Vertrag näher zu bestimmen. Daß es sich hierbei nicht um einen Kauf-, Tausch-, Werk- oder Dienstvertrag handeln kann, ist schon bei der Behandlung der Auffassung der Glosse dargetan worden. Die h. M. glaubt daher in der Leistung an Erfüllungsstatt ein negotium sui generis feststellen zu können. Dieses „selbständige Rechtsinstitut" sei ein dringlich wirkender, solutorischer Realvertrag ganz eigener Art[3]).

Bei der Leistung an Erfüllungsstatt käme eine rechtlich erhebliche Wirkung nicht schon mit der Übereinstimmung der Willenserklärungen der Parteien (Angebot des Schuldners, Einverständniserklärung des Gläubigers) zur Entstehung, vielmehr löse erst die Verwirklichung der Vereinbarung, die tatsächlich erfolgende Leistung, den rechtlichen Erfolg (Untergang der Schuldnerverpflichtung) aus. Dieser Umstand rechtfertige die Subsumtion der Leistung an Erfüllungsstatt unter den Realvertragsbegriff. Zwar sei dieser Realvertrag wohl zu unterscheiden von dem römisch- und gemeinrechtlichen Realkontrakt, welcher stets ein Schuldverhältnis zwischen den

---

[1]) Staudinger, Komm. § 364 Anm. 1, Planck, Komm. § 364 Anm. 1, Stammler, Schuldverhältnisse § 60, S. 229, Kohler, Lehrbuch II, 1 § 70 VII S. 190, van Koolwyk, a.a.O. S. 7, Fehr, a.a.O. S. 32, Berndorff, a.a.O. S. 8, Belitz, a.a.O. S. 5, Krüsmann, a.a.O. S. 5, Schollmeyr, Schuldverhältnisse, § 364 Anm. 1, Liebetanz, a.a.O. S. 76, Greifelt, a.a.O. S. 19 f. cf. Motive II S. 82.

[2]) Siehe zwar Rehbein, BGB m. Erl. § 362 Anm. 13 (S. 278), anders aber ebend. § 364, Anm. 25 (S. 289).

[3]) Planck, Komm. § 364 Anm. 1, Staudinger, Komm. § 364 Anm. 1, Goldmann-Lilienthal, Das BGB I § 107 S. 411, Crome, System des bürgerlichen Rechts II § 187 (S. 262) [cf. I § 86 Anm. 9], Engelmann, Das neue bürgerliche Recht § 142 S. 804, Schollmeyer, Komm. § 364 1, Berndorff, a.a.O. S. 8, van Koolwyk a.a.O. S 16 f, Krüsmann a.a.O. S. 13 f, Belitz, die Hing. a. Erfüllungsstatt S. 6 f Alexander a.a.O. S. 35. Greifelt a.a.O. S. 19 f. Liebetanz a.a.O. S. 33

Vertragschließenden begründe und in den meisten Fällen sogar gegenseitig verbindlich wirke (z. B. Darlehen § 607 BGB). Ein Realvertrag dagegen müsse nicht unbedingt auf die Begründung von Schuldverhältnissen gerichtet sein, sondern könne auch zur Tilgung eines Schuldverhältnisses führen. Gerade bei der Leistung an Erfüllungsstatt habe das Gesetz die unmittelbare Wirkung des Untergangs der Schuldnerverpflichtung an den Vollzug der Leistung geknüpft, sodaß es sich hier um einen solutorischen Realvertrag handele. Zu dieser Auffassung glaubt sich die h. M. umso mehr berechtigt, als sie damit mit den Motiven im Einklang steht, wo die Leistung an Erfüllungsstatt als „das solutorische, dinglich wirkende Rechtsgeschäft zwischen den Parteien" bezeichnet wird, „durch welches vermittelst der Hingabe und der Annahme des surrogierten Gegenstandes der Gläubiger befriedigt und somit die Schuldnerverpflichtung unmittelbar zum Erlöschen gebracht wurde[1])".

Sieht die h. M. in der Leistung an Erfüllungsstatt einen schuldtilgenden Realvertrag, so ist sie damit noch nicht auf die Frage eingegangen, die zu beantworten wir zur Aufgabe dieser Arbeit gemacht haben: Warum führt nun diese andere Leistung, obwohl sie keine eigentliche Erfüllung ist, dennoch zum Untergang des zugrunde liegenden Schuldverhältnisses? Die Verschiedenheit des Schuld- und des Leistungsgegenstandes ist zwar allen Schriftstellern bekannt, aber es scheint sich bei ihnen um eine keiner weiteren Erklärung bedürftige Selbstverständlichkeit zu handeln, daß das Schuldverhältnis erlischt, wenn der Gläubiger eine andere als die geschuldete Leistung an Erfüllungsstatt annimmt. So steht es eben im § 364 Abs. I BGB und bedarf keiner weiteren Begründung[2]). Der Begriff „solutorischer Realvertrag" soll über diese Klippen hinweg helfen. Die Leistung an Erfüllungsstatt sei ein eigen gearteter Erfüllungstatbestand, dessen Schuldtilgungswirkung der Gesetzgeber deshalb anerkannt und festgelegt habe, weil der Gläubiger durch die erfolgte andere Leistung Befriedigung erlangt habe, was er auch nach außen hin durch den Vollzug der Annahme kundgetan habe[3]). Aber die Feststellung der Tatsache, daß der Gläubiger befriedigt sei, ist noch keine Erklärung für den Tilgungsvorgang.

Auf dem Boden der herrschenden Meinung stehend, hat Liebetanz[4]) jüngst hier einen Erklärungsversuch gemacht: Die kausale Verknüpfung der erbrachten Leistung mit der Aufgabe der Forderung durch den Gläubiger sei durch die Auffassung der Leistung des Schuldners als einer „datio ob causam" gegeben. Die „datio ob causam" sei eine Zuwendung, durch welche man zwar kein Recht auf eine Gegenleistung erwerbe, die aber in der auf Verabredung mit dem Zuwendungsempfänger beruhenden Erwartung einer freiwilligen Gegenleistung gemacht werde, wobei die Gegenleistung

[1]) Mot. II S. 82.

[2]) Siehe z. B. Krüsmann, a.a.O. S. 26, Fehr, a.a.O. S. 45, Belitz, a.a.O. S. 6, Quander a.a.O. S. 44.

[3]) Staudinger, Komm. § 364 Anm. 1, Enneccerus L. B. 1,2 § 288, van Koolwyk a.a.O. S. 17.

[4]) Die juristische Konstruktion an Erfüllungsstatt S. 56.

auch in der Herbeiführung eines rechtlich geschützten Erfolges liegen könne. Die Leistung an Erfüllungsstatt sei ein Rechtsgeschäft, bei dem der Schuldner seine Leistung in der dem Gläubiger kundgegebenen Erwartung mache, dieser werde dafür seine Forderung aufgeben. Erkläre der Gläubiger, dem entsprechen zu wollen, so werde damit die neue Leistung der ursprünglichen rechtlich gleichgestellt, und sie führe, wenn sie gemacht werde, durch Annahme seitens des Gläubigers — entsprechend dem Willen der Parteien — zum Erlöschen des Schuldverhältnisses ebenso, wie es bei Erbringung der ursprünglichen Leistung der Fall gewesen wäre.

Diese Ausführungen von Liebetanz sind in ihrer Kompliziertheit wenig überzeugend. Die „in Erwartung der Aufgabe der alten Forderung" (Erlaß?) gemachte Leistung des Schuldners, die durch die Erklärung des Gläubigers, seine Forderung aufgeben zu wollen, erfolgende Gleichstellung — wohl nur in Bezug auf den endgültigen Erfolg: die Schuldtilgung (?) — der neuen und ursprünglichen Leistung, dies alles sind Konstruktionen, die wir keineswegs billigen können.

Die Auffassung der Leistung an Erfüllungsstatt als Realvertrag kann unsere Zustimmung nicht finden. Wir haben soeben gesehen, daß aus dieser Auffassung des Vorgangs eine Erklärung der Tilgungswirkung der „anderen" Leistung sich nicht geben läßt. Weiterhin muß gegen die h. M. eingewandt werden, daß sie der Leistung, dem realen Teil dieses Vorgangs, weit größere Beachtung schenkt als dem rechtsgeschäftlichen Teil, der Zustimmung des Gläubigers. Diese wird von der herrschenden Meinung nur insofern gewürdigt, als sie als unerläßliche Voraussetzung anerkannt wird, die aber selbstverständlich noch keine Rechtswirkungen herbeiführen könne.

Betrachten wir aber diese Zustimmungserklärung des Gläubigers einmal näher.

II. Abschnitt.

Die rechtliche Konstruktion der Leistung an Erfüllungsstatt.

§ 9.

I. Der Vorgang bei der Leistung an Erfüllungsstatt spielt sich in den meisten Fällen wohl folgendermaßen ab: Der Schuldner, sei es aus eigenem Antrieb oder auf Veranlassung des Gläubigers, bietet dem Gläubiger an Stelle der geschuldeten Leistung eine andere zum Zwecke der Schuldtilgung an, d. h. er wird dem Gläubiger meist kein Realangebot machen, sondern erst versuchen, dessen vorheriges Einverständnis zu erlangen. Sind Schuldner und Gläubiger über die schuldtilgende Wirkung der anderen Leistung einig, so ist damit noch nicht das alte Schuldverhältnis untergegangen. Erst der Vollzug dieser vereinbarten anderen Leistung bringt dann das zwischen Gläubiger und Schuldner bestehende Schuldverhältnis zum Untergang.

Die zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger über die Leistung eines anderen Gegenstandes zustande gekommene Vereinbarung ist u. E. eine vertragliche Abänderung des Inhalts des ursprünglichen Schuldverhältnisses. Ist z. B. X aus einem Kaufvertrag zur Lieferung von *a* verpflichtet, kommt er aber mit seinem Gläubiger überein, statt dessen *b* zu liefern, so wird durch diese Abmachung die aus dem Kaufvertrag entspringende Leistungspflicht des Schuldners nur dahin abgeändert, daß nunmehr unter den gleichen Bedingungen *b* zu liefern sei. Wird *b* dann tatsächlich geleistet, so wird gemäß dem — geänderten — Inhalt des Schuldverhältnisses „erfüllt“ (§ 362 BGB).

Die andere Leistung bringt also das Schuldverhältnis deshalb zum Untergang, weil sie wirkliche Erfüllung der abgeänderten Schuld ist.

Diese Auffassung wird zum erstenmal von Fr. Leonhard in dem soeben erschienenen „Allgemeinen Schuldrecht des BGB“ (Bindings Handbuch X, 2. I) entwickelt und dargestellt.

Eingangs hatten wir die einzelnen Phasen der Leistung an Erfüllungsstatt (Vereinbarung mit dem Gläubiger, daß ein anderer Gegenstand geleistet werden solle, und Leistung dieses Gegenstandes) als zeitlich voneinander getrennt angenommen. Für die systematische Behandlung macht es aber keinen Unterschied, wenn beide Phasen zeitlich zusammenfallen; die logische Trennung bleibt trotzdem erhalten.

Dies wird verkannt von Liebetanz[1]), dem einzigen Schriftsteller, der zu der hier vertretenen Auffassung der Leistung an Erfüllungsstatt kritisch Stellung nimmt. Schuldabänderung und Leistung an Erfüllungsstatt ständen zueinander im Gegensatz, denn durch die Leistung an Erfüllungsstatt werde die Schuld getilgt, während eine Änderung eines Schuldverhältnisses begrifflich nicht zu seiner völligen Zerstörung führen dürfe. Der durch die Abänderung geschaffene Tatbestand müsse nach der Abänderung eine gewisse Zeit fortdauern. Liebetanz ist zuzugeben, daß Abänderung und Tilgung zwei logisch scharf voneinander zu trennende Begriffe sind; dies schließt aber nicht die Möglichkeit aus, daß sie zeitlich aufeinanderfallen können. Seine weitere Behauptung, der abgeänderte Tatbestand müsse eine gewisse Zeit fortbestehen, entbehrt jeglicher Begründung. In diesem Punkte hat die Leistung an Erfüllungsstatt, welche durch Annahme des Realangebots der anderen Leistung erfolgt, eine gewisse Ähnlichkeit mit dem Fall des Handkaufs. Dem Schuldabänderungsvertrag entspricht hier der Abschluß des Kaufvertrags. Der Kaufvertrag kommt dadurch zustande, daß der Verkäufer dem Käufer den von ihm verlangten Gegenstand übereignet. Eingehung und Erfüllung des Kaufvertrages fallen also zeitlich zusammen, trotzdem werden sie von der gesamten Rechtswissenschaft systematisch scharf geschieden. Wenn Liebetanz sagt, bei der Leistung an Erfüllungsstatt fehle es an einem Fortbestehen der Schuld überhaupt, da durch sie das Schuldverhältnis zum Erlöschen gebracht wurde, so liegt darin eine Verwechslung der Begriffe von logischem und zeitlichem Zusammenfallen.

Liebetanz hält weiterhin der hier vertretenen Auffassung entgegen, daß bei ihr die gemäß der Änderung erfolgende Leistung sich als reine Erfüllung darstelle. Dies trifft zu, besagt aber nichts gegen die Richtigkeit unserer Auffassung. Denn während die Leistung an Erfüllungsstatt von der h. M. als Rechtsinstitut eigener Art behandelt wird, ist sie bei uns auf bekannte Rechtsbegriffe zurückgeführt. So sieht Leonhard[2]) „gerade darin einen bedeutenden Vorteil dieser neuen Lehre, daß sie mit feststehenden Rechtsformen arbeitet und die Einführung zweifelhafter Begriffe unnötig macht".

Zwar scheint Liebetanz auch Endemann für einen Vertreter dieser Ansicht zu halten, da sich nach ihm mit der Annahme des vom Schuldner angebotenen Gegenstandes eine „Abänderung des Inhaltes des Schuldverhältnisses" und „ein dessen Erlöschen anerkennender Vertrag" vollzieht. Aber Endemanns Auffassung ist insofern eine ganz andere als die hier vertretene, als bei ihm die Schuldtilgung nicht wie bei uns durch eine der abgeänderten Verpflichtung entsprechende Leistung, sondern durch einen außerhalb dieser Leistung stehenden Anerkenntnisvertrag bewirkt wird.

II. Um die Leistung an Erfüllungsstatt, inbesondere die in ihr enthaltene Vereinbarung auf Leistung eines anderen als des geschuldeten Gegenstandes, von anderen Vorgängen abzugrenzen,

[1]) a.a.O. S. 40 f.

[2]) a.a.O. S. 596.

stellen wir zunächst fest, wie die Vereinbarung zwischen den Parteien lauten kann, die der anderen als der ursprünglich geschuldeten Leistung schuldtilgende Kraft verleiht.

a) Zunächst können die Parteien darüber einig geworden sein, daß nunmehr an Stelle der Leistung *a* die Leistung *b* treten solle.

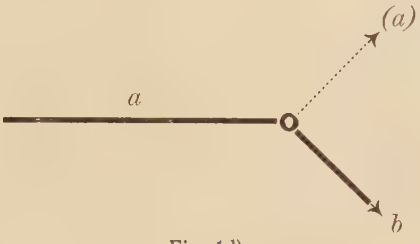

Fig. 1[1]).

Wird *b* geleistet, so liegt wirkliche Erfüllung des abgeänderten, nunmehr nur auf Leistung von *b* gerichteten Schuldverhältnisses vor. (Änderung eines Schuldverhältnisses).

b) Anderseits kann auch ausgemacht gewesen sein, daß von nun an der Schuldner die Befugnis erhält, statt der geschuldeten Leistung *a* die Leistung *b* zu bewerten.

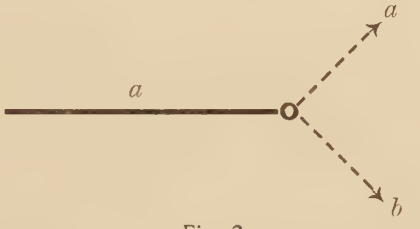

Fig. 2.

Es sind also vom Augenblick der Vereinbarung an zwei Leistungen mit Erfüllungskraft ausgestattet. Dieser Zustand entspricht dem der facultas alternativa:

Fig. 3.

der einzige Unterschied ist darin zu erblicken, daß hier die Wahlbefugnis des Schuldners schon von Anfang an bestanden hat[2]). Wird in diesen beiden Fällen (Fig. 2 und 3) eine der beiden Leistungen *a* oder *b* bewirkt, so erlischt damit das gesamte Schuldverhältnis, und es entfällt zugleich die Leistungsverpflichtung auf den anderen Gegenstand. Wird in dem in Fig. 2 dargestellten Falle *a*

[1]) **O** = Zeitpunkt der Vereinbarung.

[2]) cf. Enneccerus a. a. O. § 244 I.

geleistet, so ist dies Erfüllung der ursprünglich geschuldeten Leistung (siehe unten Fig. 5), wird *b* geleistet, so wird eine andere als die ursprünglich geschuldete Leistung mit Tilgungskraft bewirkt (siehe unten Fig. 6): Leistung an Erfüllungsstatt. Vergleichen wir aber den in Fig. 2 dargestellten Fall nach erfolgter Leistung *b* (Fig. 6) mit dem erfüllten abgeänderten Vertrag (Fig. 4), so sind beide Fälle bezüglich der schuldtilgenden Wirkung vollkommen gleich gelagert. Während die Leistung *a* im ersten Falle schon im Augenblick der Vereinbarung nicht mehr in obligatione ist und nur die Leistung *b* geleistet und gefordert werden kann, wird die Leistung *a* im zweiten Falle, wo sie nach der Vereinbarung von Seiten des Schuldners mit der Leistung *b* alternativ bewirkt werden kann, rückwirkend (in diesem Falle bis zum Zeitpunkt des Entstehens der Alternativschuld: Zeitpunkt der Vereinbarung) illusorisch. Nach erfolgter Leistung ergeben sich folgende Bilder:

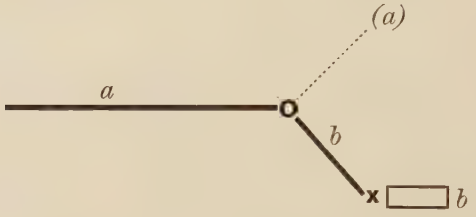

Fig. 4.[1])
(Fig. 1 nach erfolgter Bewirkung der geschuldeten Leistung *b)*

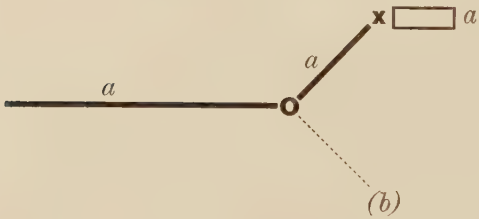

Fig. 5.
(Fig. 2 nach erfolgter Leistung *a)*

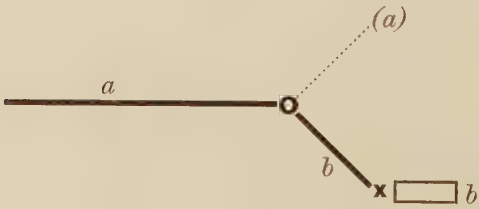

Fig. 6
(Fig. 2 nach erfolgter Leistung *b)*

[1]) x = Zeitpunkt der Erfüllung.

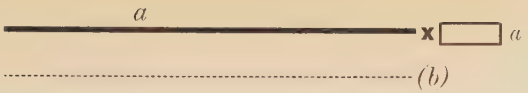

Fig. 7.
(Fig. 3 nach erfolgter Leistung *a*)

Es hängt also, wie immer im Schuldrecht, ganz von den Parteien ab, ob sie im Falle der Schuld *a* nachträglich vereinbart haben, daß der Schuldner nunmehr *b* leisten müsse, oder daß er fortan nur berechtigt zur Leistung *b* sein solle. In beiden Fällen wird ein anderer als der geschuldete Gegenstand mit Erfüllungskraft geleistet. Das im ersten Falle Erfüllung einer abgeänderten Schuld vorliegt, hat man allgemein erkannt; daß es sich im zweiten Falle, den man mit Leistung an Erfüllungsstatt bezeichnet, um denselben inneren Vorgang — Abänderung der Schuld, Leistung der veränderten Schuld — handelt, das zu zeigen war die Aufgabe dieser Ausführungen.

III. Abschnitt.

Die Voraussetzungen der Leistung an Erfüllungsstatt.

§ 10.

Die Leistung an Erfüllungsstatt erfolgt zum Zwecke der Tilgung einer Schuld. Das Vorhandensein eines „Schuldverhältnisses" ist demnach ihre Voraussetzung. Unter Schuldverhältnis kann hier nicht die Gesamtheit der durch ein Rechtsverhältnis begründeten obligatorischen Beziehungen verstanden werden[1]), sondern es handelt sich bei der Leistung an Erfüllungsstatt immer um eine einzelne, einem Rechtsverhältnis entspringende Leistungspflicht, die getilgt werden soll[2]).

Ist diese Schuldnerverpflichtung erfüllbar, so kann sie auch durch Leistung an Erfüllungsstatt getilgt werden. Dies gilt z. B. bei Naturobligationen (z. B. §§ 762 Abs. I S. 1, 656 Abs. I S. 1, 764 BGB); das Geleistete kann in diesen Fällen nicht zurückverlangt werden, da es sich auch hier um eine wirkliche Erfüllung einer abgeänderten (Natural-)Schuld handelt. Auch formlose Schenkungs- und Bürgschaftsversprechen, bei denen der Mangel der Form durch Erfüllung geheilt wird, sind aus demselben Grunde nach erfolgter Leistung an Erfüllungsstatt voll wirksam[3].) In allen diesen Fällen hat das Gesetz aus ethischen Gründen aus der bloßen Verpflichtung des Schuldners kein für den Gläubiger verwertbares Recht entstehen lassen. Wird als Erfüllung von dem Schuldner wiederum nur eine Verpflichtung eingegangen, z. B. Hingabe eines Wechsels, so liegt auch hiernach auf Schuldnerseite nicht mehr wie eine keine Rechtswirkung hervorbringende Verpflichtung vor. Für Spiel und Heiratsvermittlung ist dies im Gesetz ausdrücklich gesagt (§§ 762 Abs. II, 656 Abs. II), es gilt aber auch in gleicher Weise beim formlosen Schenkungs- und Bürgschaftsversprechen.

Die der Leistung an Erfüllungsstatt zugrunde gelegte Schuld muß auch wirklich bestanden haben. Erfolgt eine Leistung in der irrtümlichen Annahme einer Verbindlichkeit, so ist das Geleistete als

[1]) Stammler, Recht der Schuldverh. S. 215 f.

[2]) cf. Planck, Komm. § 305 Anm. 1.

[3]) cf. Leonhard a.a.O. S. 597; von Tuhr, Festschr. f. Schultze, S. 41 ff.

grundlose Vermögensbereicherung zurückzugewähren (§ 812 BGB). Hat der vermeintliche Schuldner eine neue Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt übernommen, so kann er im Falle ihrer Geltendmachung die geforderte Leistung als grundlose Rechtsverschiebung verweigern. Ist jedoch diese Verbindlichkeit in Form eines Wechsels eingegangen, so steht dem Schuldner diese Einrede gemäß der wechselrechtlichen Bestimmung des § 82 WO. nicht zu gegenüber gutgläubigen Erwerbern dieses Wechsels; in diesem Falle muß er dann auf Grund ungerechtfertigter Bereicherung gegen den angeblichen Gläubiger vorgehen.

Zur Leistung an Erfüllungsstatt gehören, wie wir oben gesehen haben, zwei Elemente: erstens die vertragliche Abänderung des Schuldinhalts, zweitens eine diesem abgeänderten Schuldinhalt entsprechende Erfüllung. Der Abänderungsvertrag kommt dadurch zustande, daß ein anderer als der geschuldete Gegenstand geleistet werden soll. Es kann also nicht einseitig der Schuldner dem Gläubiger eine andere Leistung aufzwingen. Dieses sog. beneficium dationis in solutum des gemeinen Rechts (Nov. IV c. 3 und Nov. 120 c. 6 § 2) ist nicht ins BGB übernommen worden. Hiernach war der Gläubiger einer Geldschuld verpflichtet, von dem zahlungsunfähigen Schuldner Grundstücke anzunehmen, wenn dieser außerstande war sich durch Verkauf von Vermögensstücken Geld zu verschaffen. Der Abschluß des Abänderungsvertrages kann der Leistung vorausgehen und eigens erklärt sein, oder gleichzeitig mit der Leistung konkludent erfolgen; er kann aber auch der bereits bewirkten Leistung nachfolgen. Welcher Art die Leistung an Erfüllungsstatt sein kann, ergibt sich aus der erfolgenden Schuldabänderung. Bei der im Schuldrecht herrschenden Vertragsfreiheit ist hier also den Parteien völlige Freiheit gelassen. Alles, was Gegenstand einer Verbindlichkeit sein kann, darf auch an Erfüllungsstatt gegeben werden: Leistungen aller Art, Handlungen, Übereignung von Sachen und Rechten, Forderungen[1]). Nur in einigen bestimmten Fällen hat aber der Gesetzgeber die Leistung an Erfüllungsstatt ausgeschlossen, so z. B. in HGB. § 195 Abs. III, wo bestimmt wird, daß bei der Gründung einer Aktiengesellschaft ein Viertel des Kapitals bar eingezahlt werden muß, und im Fall des Verbots des Trucksystems (§ 115 GewO.).

Ist Gegenstand der Leistung an Erfüllungsstatt ein Forderungsrecht gegen einen Dritten, so ist zu unterscheiden, ob dieses dem Gläubiger durch Zession oder Anweisung eingeräumt wird. Im ersten Falle tritt die Schuldtilgungswirkung mit der Bewirkung der Leistung, dem Abschluß des Abtretungsvertrages, ein. Im zweiten Falle übt die Anweisung des Dritten auf die zugrundeliegende Schuld keine abändernde Wirkung aus; erst wenn tatsächlich geleistet worden ist, — diese Leistungsbefugnis steht gemäß § 267 BGB auch einem Dritten zu — erlischt die Schuldnerverpflichtung.

[1]) RGR Komm. § 364 Anm. 1; Crome, Bürg. R. II § 187 I S. 262; Schollmeyer, a.a.O. § 364, 3; van Koolwyk, a.a.O. S. 4; Fehr, a.a.O. S. 9; Belitz, a.a.O. S. 23; Quander, a.a.O. S. 21; Berndorff, a.a.O. S. 39; Alexander, a.a.O. S. 21.

Für den Fall, daß die Leistung des Schuldners darin besteht, daß der Schuldner eine neue Verbindlichkeit eingeht, bestimmt § 364 Abs. II BGB ausdrücklich, daß im Zweifel nicht anzunehmen sei, daß der Schuldner die Verpflichtung an Erfüllungsstatt übernommen habe. Ergibt die Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner nicht ausdrücklich, daß eine Leistung an Erfüllungsstatt beabsichtigt war, so erfolgt die andere Leistung nur erfüllungshalber. Das ursprüngliche Schuldverhältnis wird nicht abgeändert, es bleibt in seinem vollen Umfange bestehen. Die neue Schuld tritt neben die alte. Der Gläubiger ist nun zunächst verpflichtet aus der neuen Verbindlichkeit Befriedigung zu suchen. Ist aber eine solche nicht zu erreichen, so kann der Gläubiger auf die alte Schuld zurückgreifen. Die erfüllungshalber gemachte Leistung ist demnach nur Mittel zum Zweck, nicht Selbstzweck[1]). Geht aber aus der Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner hervor, daß die neue Verbindlichkeit des Schuldners an Erfüllungsstatt eingegangen werden soll, so erlischt die ursprüngliche Schuld mit der Begründung der neuen Schuld. Zwischen Gläubiger und Schuldner ist aber unter diesen Umständen das wirtschaftliche Schuldverhältnis das gleiche geblieben, während es rechtlich eine neue Basis erhalten hat. Man spricht, wenn man diesen Vorgang wirtschaftlich betrachtet, von Novation[2]); rechtlich betrachtet liegt aber hierin eine Leistung an Erfüllungsstatt; die ursprüngliche Schuld wird dahin abgeändert, daß der Schuldner sich verpflichtet, an Stelle der alten Schuld eine neue Schuld einzugehen. Kommt er dieser Verpflichtung nach, so liegt darin Erfüllung der abgeänderten ursprünglichen Schuld.

Die Form der Leistung an Erfüllungsstatt bestimmt sich aus dem der anderen Leistung zu Grunde liegenden Abänderungsvertrage. Grundsätzlich ist also auch die Abänderung ebenso wie die Begründung eines Schuldverhältnisses formfrei. Wenn dagegen für den das Schuldverhältnis begründenden Vertrag eine Form vorgeschrieben ist, so ist diese Form nur dann auch für den Abänderungsvertrag zu fordern, wenn durch ihn Punkte abgeändert werden sollen, deretwegen die Formvorschrift besteht[3]). Dies wird z. B. praktisch bei den sehr häufig vorkommenden Grundstücksverkäufen. Um den Verkäufer vor einer Verschwendung seines Grundbesitzes zu schützen und um ihm klar vor Augen zu führen, welchen realen Gegenwert er erhält, hat der Gesetzgeber die Formvorschrift des § 313 BGB geschaffen. Soll nun an Stelle des ursprünglich vereinbarten Kaufpreises etwas anderes an Erfüllungsstatt geleistet werden, so ist die gerichtliche oder notarielle Beurkundung erforderlich.

[1]) cf. Quander a.a.O. S. 12.

[2]) Für die Auffassung, daß Novation und Leistung a. Erfüll. den gleichen Rechtsvorgang bezeichnen: Leonhard a.a.O., S. 603; Römer a.a.O., S. 23; Enneccerus LB. I,2 § 298 III A 2; Endemann, Lehrb. II, S. 637; Fehr a.a.O., S. 23; a.a.O van Koolwyk S. 23; Belitz a.a.O. S. 34; Clausen a.a.O. S. 94; Epstein S. 29. a. A. Dernburg, D. bürgerl. Recht II 1 S. 239. (cf. Pfandr. II § 60 Anm. 5); Crome, System d. bürgerl. R. II S. 269.

[3]) so: Enneccerus LB. I,2 § 265. 2; Leonhard a.a.O. S. 652,274; Planck § 305. Anm. 2; Cramer, Abänderungs-Vtg. S. 18. a. A: RG 51,121; 65,392: 76,33. OLG. 4, 207,208; 6,40; 8,25. Oertmann § 305 Anm. 2, Staudinger Komm. § 305 Anm. 2, die bei jeder Änderung die für die Begründung vorgeschriebene Form verlangen.

IV. Abschnitt.

Die Wirkungen der Leistung an Erfüllungsstatt.

§ 11.

Aus der Zerlegung des Vorganges der Leistung an Erfüllungsstatt in Schuldabänderung und Erfüllung ergeben sich auch die Wirkungen der an Erfüllungsstatt gemachten Leistung: diese tilgt das ursprüngliche — abgeänderte — Schuldverhältnis eben dann, wenn die bewirkte Leistung „Erfüllung" der abgeänderten Schuld ist. Dies bedingt eine Unterscheidung zwischen Species- und Gattungsschulden.

Bei einer Sachschuld ist jede Leistung des versprochenen Gegenstandes Erfüllung. Die zugrundeliegende Schuld erlischt, die Sicherheiten werden frei. Stellt es sich nun heraus, daß die erfolgte Leistung mangelhaft war, so kann der Gläubiger wandeln oder mindern. Ebenso verhält es sich bei der Leistung an Erfüllungsstatt, die zur Tilgung einer Stückschuld erfolgt. Mit der Leistung des an Erfüllungsstatt gegebenen Gegenstandes ist das ursprüngliche Schuldverhältnis ipso iure erloschen. Im Falle einer mangelhaften Leistung an Erfüllungsstatt hat der Gläubiger, wenn er sein Wandlungsrecht ausüben will, nur einen Anspruch auf Wiederherstellung der ursprünglichen Forderung; die Sicherheiten sind und bleiben erloschen.

Bei einer Gattungsschuld hat der Schuldner eine Sache von mittlerer Art und Güte zu leisten. Entspricht die gemachte Leistung dieser Voraussetzung nicht, so kann der Gläubiger statt Wandelung oder Minderung verlangen, daß ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geleistet wird (§ 480 BGB). Wird also zur Tilgung einer Gattungsschuld ein Gegenstand an Erfüllungsstatt geleistet[1]), der dem § 243 BGB nicht entspricht, so liegt darin auch keine Erfüllung: Die zugrunde liegende Schuld bleibt mit ihren Sicherheiten bestehen; hier kann der Gläubiger an Stelle der Gewährleistungsansprüche Bewirkung einer mangelfreien Leistung verlangen, d. h. seine ursprüngliche Forderung geltend machen. Hat

[1]) Nach Berndorff (a. a. O. S. 95) kann eine Gattung nicht an Erfüllungsstatt geleistet werden. Es handele sich hier stets um die Leistung einer Spezies aus dieser Gattung an Erfüllungsstatt.

der Gläubiger die ihm an Erfüllungsstatt angebotene mangelhafte Sache als Erfüllung (der abgeänderten Schuld) angenommen, so ist damit nach § 263 BGB in bezug auf das zugrundeliegende Schuldverhältnis nichts rechtserhebliches geschehen, sondern nur die Beweislast geändert worden: nicht mehr der Schuldner muß beweisen, daß er erfüllt habe, sondern den Gläubiger trifft die Beweislast dafür, weshalb die „angenommene" Leistung an Erfüllungsstatt nicht als Erfüllung gelten soll. Nach der hier entwickelten Auffassung sind also die Worte in § 364 BGB: „Das Schuldverhältnis erlischt, wenn . . . annimmt" stets cum grano salis zu verstehen.

Durch den Abänderungsvertrag wird der Fortbestand der für das ursprüngliche Schuldverhältnis bestellten Sicherheiten (Pfänder, Bürgschaften) in keiner Weise beeinträchtigt; die Sicherheiten bestehen für die abgeänderte Schuld unverändert weiter und werden erst im Augenblick der endgültigen Erfüllung frei.

Die einzelnen Gewährleistungsansprüche ergeben sich bei der hier vertretenen Auffassung der Leistung an Erfüllungsstatt als der Erfüllung einer abgeänderten Schuld ohne Schwierigkeiten aus dem zugrundeliegenden Rechtsgeschäft. Dieser logischen Konsequenz wird aber durch § 365 BGB Einhalt geboten:

> „Wird eine Sache, eine Forderung gegen einen Dritten oder ein anderes Recht an Erfüllungsstatt gegeben, so hat der Schuldner wegen eines Mangels im Rechte oder wegen eines Mangels der Sache in gleicher Weise wie ein Verkäufer Gewähr zu leisten".

Das BGB knüpft also die Gewährleistungspflicht unmittelbar an die Leistung an Erfüllungsstatt; dadurch wird aber der Kontakt mit dem zu erfüllenden Grundgeschäft aufgehoben. Die Haftung des Schuldners erwächst aber aus dem zugrundeliegenden Schuldverhältnis und kann demnach sehr verschieden sein. Die Ausdehnung der Regeln der Gewährleistung des Verkäufers auf alle Fälle der Leistung an Erfüllungsstatt kann zu völlig falschen Ergebnissen führen. Es mag zugegeben werden, daß der Leistung an Erfüllungsstatt meist ein entgeltlicher Veräußerungsvertrag zugrunde liegt, sodaß in diesen Fällen die Anwendung der Gewähransprüche des Käufers auch aus inneren Gründen gerechtfertigt ist. Aber eine Ausdehnung dieser Haftungsvorschriften auch auf die Fälle, in denen einer unentgeltlichen Leistungspflicht an Erfüllungsstatt nachgekommen wird, wie sie durch § 365 geboten ist, widerspricht der hier vertretenen Auffassung der Leistung an Erfüllungsstatt als Schuldabänderung mit inhaltsgemäßer Erfüllung. Abgeändert ist hier nicht der gesamte Schenkungsvertrag als solcher, sondern nur die ihm entspringende Leistungspflicht des Schenkers bezüglich ihres Inhalts. Alle anderen Rechtsbeziehungen sind zwischen den Parteien die gleichen geblieben. Wird also die abgeänderte „Schenkungs"-schuld — eine solche ist sie geblieben, auch wenn der Abänderungsvertrag als gegenseitiger, entgeltlicher aufzufassen ist — erfüllt und stellt sich diese Leistung als mangelhaft heraus, so müßte als logische Folge der Schuldner nur zur Haftung eines Schenkers (§§ 523, 524 BGB) verpflichtet sein. Ist nun einmal § 365 Gesetz

geworden, so ist diese Vorschrift zu beachten. Man hat dieses unbillige und unerträgliche Ergebnis zu beseitigen versucht und behauptet, die Sonderbestimmungen des Schenkungsrechts gingen vor[1]). In Wirklichkeit ist aber § 365 als speziellere Vorschrift anzusehen, die für alle Fälle die Leistung an Erfüllungsstatt die gleiche Spezialregelung, nämlich Anwendung der Gewährleistungsansprüche des Käufers, vorschreibt. Will man hier eine „wirkliche Einschränkung“[2]) machen, so entbehrt eine solche Maßnahme jeglicher rechtlichen Begründung und widerspricht der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes. Hat man auch eine Gesetzesvorschrift als falsch erkannt, so muß sie dennoch angewandt werden.

[1]) Oertmann, Entgeltliche Geschäfte, S. 97.

[2]) Leonhard a. a. O., S. 600.

Lebenslauf.

Geboren wurde ich, Werner Rudolf Teichmann, am 19. Dezember 1905 zu Berlin-Niederschöneweide als Sohn des Fabrikdirektors Dr. phil. Hermann Rudolf Teichmann und seiner Ehefrau Gertrud geb. Meyer.

Ich besuchte von Ostern 1912 bis Ostern 1915 die Elementarschule zu Bladenhorst (Kr. Bochum), von Ostern 1915 ab das Bismarck-Realgymnasium zu Dortmund, welches ich am 10. März 1924 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Zunächst studierte ich vier Semester Chemie an der Technischen Hochschule zu München und an der Universität Münster i. Westf. Schon in Münster hatte ich einige juristische Vorlesungen gehört und ich wandte mich nun dem juristischen Studium zu und besuchte die Universität Marburg vom Sommersemester 1926 bis zum Sommersemester 1928. Am 30. Januar 1929 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Oberlandesgericht in Cassel. Mit dem 1. Juni 1929 wurde ich zum juristischen Vorbereitungsdienst in Bayern zugelassen; gegenwärtig bin ich beim Landgericht München I als Referendar beschäftigt. Am 23. Mai 1930 bestand ich vor der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Marburg die mündliche Doktorprüfung.

Besonderen Dank schulde ich Herrn Geheimen Justizrat Professor Dr. Franz Leonhard für die Anregung zu dieser Arbeit.